

**Die Möglichkeit einer weiteren Beschwerde im Zivilprozeß bei
Verstößen gegen wesentliche Vorschriften des
Beschwerdeverfahrens**

**Inaugural—Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

**Rolf Krüger
aus Rheine
1983**

1982

**Die Möglichkeit einer weiteren Beschwerde im Zivilprozeß bei
Verstößen gegen wesentliche Vorschriften des
Beschwerdeverfahrens**

**Inaugural—Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

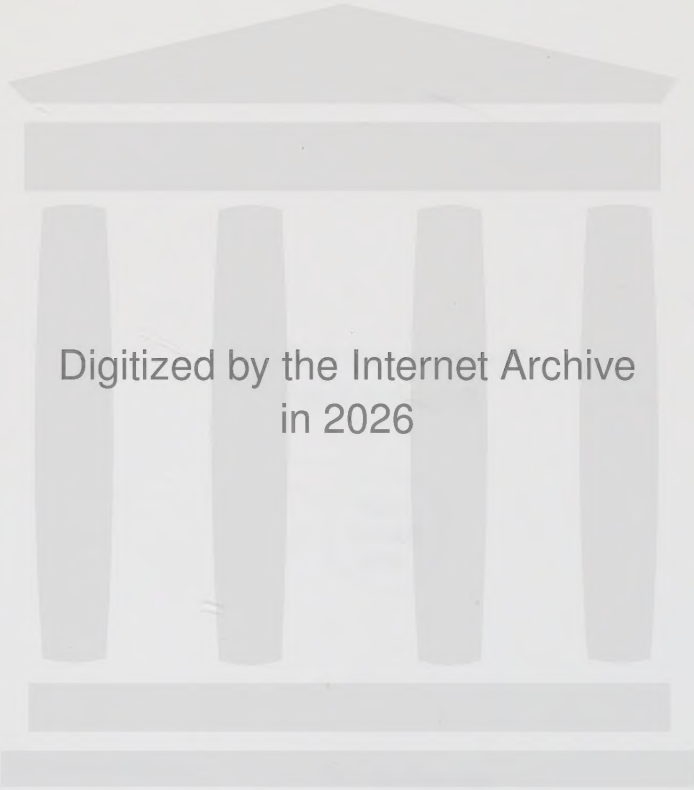
**Rolf Krüger
aus Rheine
1983**



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhossner
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Kiefner
Dekan: Prof. Dr. Dr. Krawietz

Tag der mündlichen Prüfung: 9.7.1982

Gewidmet meiner Mutter
Dorothee Krüger



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhalt

Literaturverzeichnis	XV
Gesetzesverzeichnis	XXIV
§ 1 Einführung	1
A. Begriff und Voraussetzungen der weiteren Beschwerde	1
I. Statthaftigkeit der weiteren Beschwerde als Beschwerde	1
1. Regelung des § 567 Abs. 1 und die für die Zweitbeschwerde zu be- achtenden Besonderheiten	1
2. Bei greifbarer Gesetzeswidrigkeit	2
II. Ausschlußgründe der weiteren Beschwerde	2
1. Allgemein für die Beschwerde	2
2. Speziell für die weitere Beschwerde	3
III. Der neue selbständige Beschwerdegrund; § 568 Abs. 2 und sein unstreitiger Anwendungsbereich	3
1. Fehlerhafte Beschwerdeverwerfung als unzulässig	4
2. Abänderung der Vorentscheidung durch begründete Beschwerde	5
3. Zurückweisung der Beschwerde als unbegründet	5
a) Fehlerhafte Zurückweisung als unbegründet anstelle der Verwerfung als unzulässig	5
b) Abweisung unter gleichzeitiger Schlechterstellung des Be- schwerdeführers	6
c) Duae conformes sententiae in den übrigen Fällen	6
B. Der Meinungsstand zur sog. Verfahrenszweitbeschwerde	7
I. Die hM in Rechtsprechung und Literatur	7
II. Die Gegenauffassung namentlich von Bettermann	8

C. Kritik an den bisher vertretenen Einzelmeinungen; die Aufgabenstellung	10
I. Problematik der Auffassung Bettermanns sowie der hM	10
II. Zielsetzung der Arbeit	11
D. Vorgehen im einzelnen	11
§ 2 Bestandsaufnahme und Analyse der nach der Rechtsprechung zur weiteren Beschwerde berechtigenden Verfahrensfehler	13
A. Begriff der Verfahrensrechtsverletzung	13
I. Zuordnung eines Fehlers zum Verfahrensrecht	13
II. Nichtbeachtung und fehlerhafte Auslegung als Rechts- "Verletzung"	14
B. Die wesentlichen Verfahrensfehler, geordnet nach verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten	14
I. Verfahrensverstöße, die bei Nichtanerkennung der Verfahrenszweitbeschwerde zur Verfassungsbeschwerde wegen Versagung rechtlichen Gehörs Art 103 Abs. 1 GG berechtigen könnten	15
1. Fallgruppen von Verfahrensverstößen nach der Rechtsprechung zur Verfahrenszweitbeschwerde	15
a) Keine Gelegenheit zur Stellungnahme im Beschwerdeverfahren	15
aa) In bezug auf einzelne Vorgänge im Beschwerdeverfahren	15
bb) Durch Unmöglichkeit einer Beschwerdebegründung	15
cc) Versagung von Vorbringen auf Seiten des Beschwerdegegners	16
b) Fehlende Berücksichtigung von Beschwerdevorbringen	16
aa) Zeitliche und inhaltliche Bestimmung der Berücksichtigungspflicht	16
bb) Bewußte Übergehung "unerheblichen" Beschwerdevorbringens	17
cc) Unbeabsichtigte Nichtbeachtung von Beschwerdevorbringen	18
dd) Mißverstehen von Beschwerdevorbringen	19

c) Verletzung der Informationspflicht	19
d) Das Verbot der sog. Überraschungsentscheidung	19
2. Die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde wegen dieser Verfahrensrechtsverletzungen	20
a) Verletzung des Rechts auf Stellungnahme	20
aa) In bezug auf einzelne Vorgänge im Beschwerdeverfahren	20
bb) Durch Unmöglichkeit einer Beschwerdebegründung	21
cc) Versagung von Vorbringen auf Seiten des Beschwerdegegners	21
b) Verstöße gegen die Berücksichtigungspflicht	21
aa) Zeitliche und inhaltliche Begrenzung der Berücksichtigungspflicht nach Art 103 Abs. 1 GG	22
bb) Bewußte Übergehung "unerheblichen" Vorbringens	23
cc) Unbewußte Nichtbeachtung von Vorbringen	23
dd) Mißverstehen von Vorbringen	24
c) Verletzung der Informationspflicht	24
d) Das Verbot der sog. Überraschungsentscheidung	24
II. Verfahrensverstöße, die bei Nichtanerkennung der Verfahrenszweitbeschwerde wegen Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters, Art 101 Abs. 1 S. 2 GG, mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar sein könnten	24
1. Fallgruppen von Verfahrensverstößen nach der Rechtsprechung zur Verfahrenszweitbeschwerde	24
a) Die geltende Zuständigkeitsordnung	25
b) Besetzungsfehler, insbesondere bei Geschäftsverteilungsplänen	25
c) Subjektive Voraussetzungen zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben	26
2. Die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde wegen dieser Verfahrensverletzungen	27
a) Verstöße gegen die geltende Zuständigkeitsordnung	27
b) Fehler bei Geschäftsverteilungsplänen	28
c) Fehlende subjektive Voraussetzungen zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben	28

III. Verfahrensverstöße, die bei Nichtanerkennung der Verfahrensweit- beschwerde wegen Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art 2 Abs. 1 GG (iVm dem Rechtsstaatsprinzip) zur Verfassungsbeschwerde berechtigten könnten	28
1. Fälle aus der Rechtsprechung	29
a) Unzureichende Beschlußbegründung	29
b) Verstoß gegen die materielle Rechtskraft	29
2. Die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde wegen dieser Verfahrensverletzungen	29
a) Die Verletzung des Anspruchs auf ein faires Gerichtsverfahren durch eine unzureichende Beschlußbegründung	30
b) Verstoß gegen das Gebot der Rechtssicherheit bei Mißachtung einer rechtskräftigen Entscheidung	30
IV. "Wesentliche" Verfahrensfehler ohne verfassungsrechtliche Bezüge	30
1. Die Verletzungen von Verfahrensgrundsätzen	30
a) Dispositionsmaxime	30
b) Ermittlungsgrundsatz	31
2. Nichtbeachtung amtswegiger Prüfungs- und Nebenentscheidungspflichten	31
a) Prozeß- bzw. Prozeßhandlungsvoraussetzungen	31
b) Zuschlagsversagungsgründe	31
c) Kostenentscheidung	33
C. Die Neuheit des Verfahrensfehlers	34
I. Die formale Bestimmung der "Neuheit" durch die bisherige Rechtsprechung	34
1. Beschlüsse in folgerichtiger Anwendung dieses Grundsatzes	34
2. Inkonsequente Entscheidungen	35
a) Bei der fehlenden Prüfung von Zuschlagsversagungsgründen im Rahmen der Zuschlagsbeschwerde	35
b) Bei irrtümlicher Behandlung einer Rechtspflegererinnerung als Durchgriffserinnerung	36
c) Beschluß des OLG Köln (Rpfler 1976, 101 Nr. 76)	36

II.	Das materielle Verständnis der "Neuheit" nach OLG Köln (NJW 1979, 1834)	38
1.	Begründung und Interpretation des Beschlusses	39
2.	Aufschlüsselung der Fallgestaltungen nach der materiell verstandenen "Neuheit"	41
a)	Zweifache Fehlinterpretation einer Verfahrensnorm	41
b)	Zweifache Nichtbeachtung einer Prozeßvorschrift	41
c)	Fehlinterpretation und Nichtbeachtung in jeweils einer Instanz	41
D.	Die Entscheidungskausalität des Fehlers	42
I.	Entscheidungskausalität bei feststehender oder nicht ausschließbarer Einflußnahme des Verfahrensfehlers auf die Erstbeschwerdeentscheidung	42
II.	Verwerfung der Verfahrenszweitbeschwerde bei fehlender Beeinflussung der Beschwerdeentscheidung durch den Verfahrensverstoß	43
E.	Zusammenfassende Bewertung der Rechtsprechung zur weiteren Beschwerde bei Verfahrensfehlern	43
I.	Zusammenfassung der von der Judikatur entwickelten Einzelerfordernisse	43
II.	Das rechtspolitische Bedürfnis für die Verfahrenszweitbeschwerde	44
1.	Die "Vorschalt-Funktion" vor der Verfassungsbeschwerde	44
a)	Charakter der überwiegenden Verfahrensverstöße als zur Verfassungsbeschwerde berechtigende Grundrechtsverletzungen	44
b)	Überprüfung des Ergebnisses	45
aa)	Die Gefahr einer Verfassungsbeschwerde als Argument, auch schwere materielle Fehler zweitbeschwerdefähig zu machen?	45

bb) Die Verfahrenszweitbeschwerde als unzulässige Privilegierung der errores in procedendo gegenüber den errores in iudicando	46
2. Die Diskrepanz zwischen der nach verfassungsrechtlichen Argumenten begründeten Verfahrenszweitbeschwerde und der Kasuistik der geltenden Verfahrenszweitbeschwerde	46
a) Einschränkungen des anfechtbaren Verfahrensfehlers nach Art und Gegenstand	46
b) Die unterschiedliche Beschränkungswirkung des "Neuheits"-Kriteriums nach dem formalen und materiellen Verständnis	47
c) Die Reichweite des Erfordernisses der Entscheidungskausalität	47
III. Die weitere Prüfungsfolge zur Ermittlung einer dogmatischen Begründung der Verfahrenszweitbeschwerde	47
§ 3 Die Möglichkeit einer Verfahrenszweitbeschwerde auf der Grundlage des § 568 Abs. 2 nach dem Regelungsgehalt der Vorschrift	48
A. Das Prinzip der "duae diffformes errores"; Auslegung des § 568 Abs. 2	48
I. Wörtliche Auslegung	50
1. "Beschwerdegrund"	50
2. "neu"	50
3. "selbständig"	51
II. Systematische Auslegung des neuen selbständigen Beschwerdegrundes	52
1. Im Verhältnis zu § 568 Abs. 2	52
2. Im Verhältnis zu den §§ 567 – 577	54
3. Gegenüber außerzivilprozessualen Beschwerderegungen	54

III. Historische Auslegung	55
1. Die Vorläufer des § 568 Abs. 2	55
2. Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers	57
3. Manifestation der Regelungsabsicht in § 568 Abs. 2	57
a) Inhalt des § 485 Abs. 1 des Gesetzentwurfs	58
b) Kongruenz mit einer der möglichen Auslegungsvarianten des § 568 Abs. 2	60
IV. Teleologische Auslegung	61
1. Bei Verständnis des neuen selbständigen Beschwerdegrundes als andersartiger Fehler	61
2. Bei Verständnis als andersartige Beschwer	62
V. Verfassungskonforme Auslegung	63
Bedenken dagegen	
1. Widerspruch zu den anderen Auslegungsarten	63
2. Verfassungswidrigkeit dieser Auslegung selbst	64
B. Der Verfahrensfehler als neue selbständige Beschwer	65
I. Die Auffassung F. Schmidts	66
1. Der Inhalt des Begriffs "Beschwer"	67
2. Der Inhalt des Begriffs "Fehlerhaftigkeit"	68
3. Das Verhältnis der beiden Begriffe zueinander	68
II. Die Argumentation in RGZ 18, 425	69
1. Das Kausalitätserfordernis beim Verfahrensfehler	70
2. "Neuheit" des Verfahrensfehlers als Beschwerdegrund	73
III. Die "Neuheit" durch Qualitätsveränderung der Beschwer infolge des Verfahrensfehlers nach OLG Koblenz (MDR 1979, 765)	74
1. Die petitio principii der Argumentation	75

2. Logische Unbrauchbarkeit des Kriteriums der "Qualitätsveränderung"	76
3. Das prozeßrechtliche Dilemma der Verfahrenszweitbeschwerde	77
C. Zwischenergebnis	78
§ 4 Die Verfahrenszweitbeschwerde als zivilprozessuales Gewohnheitsrecht	79
A. Beschluß des OLG Hamm (NJW 1979, 170)	79
B. Die herrschende Meinung zum Gewohnheitsrecht durch Richterrecht	80
I. Die allgemeinen Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts	80
II. Abgrenzung gegenüber dem sog. Gerichtsgebrauch	81
III. Anwendung der Grundsätze auf die Verfahrenszweitbeschwerde	81
C. Die Gegenauffassungen	83
I. Diejenigen Wissenschaftler, die den Begriff des Gewohnheitsrecht nur für das Richterrecht ablehnen	84
1. Esser	84
2. Flume	85
3. Sonnenberger	86
4. Säcker	86
II. Die Vertreter einer neuen Rechtsquellenlehre, die dem Richterrecht als solchem schon Rechtsquellencharakter zusprechen	87
1. Rüthers	87
2. Adomeit	88
3. Bertelmann	88
4. Fikentscher	88

D. Stellungnahme	89
I. Die strukturellen Unterschiede zwischen dem Volksgewohnheitsrecht und dem Richterrecht	89
II. Das ungeklärte Verhältnis zwischen Gewohnheitsrecht in Form von Usualinterpretation und Gerichtsgebrauch	91
III. Die nur durch eine <i>desuetudo</i> überwindbare Bindungswirkung des Gewohnheitsrechts	92
E. Zwischenergebnis	93
 § 5 Die dogmatische Herleitung der Verfahrenszweitbeschwerde durch immanente Rechtsfortbildung	94
A. Die teleologische Reduktion des § 568 Abs. 2	95
I. Regelungslücke des § 568 Abs. 2 im Hinblick auf die Anfechtbarkeit von Verfahrensfehlern	97
1. Die Anwendung des Gleichheitssatzes	97
2. Die Kollision zwischen Zweitbeschwerdeausschluß und Verfassungsbeschwerde	101
3. Die Usualinterpretation durch die Rechtsprechung als Indikator für eine Regelungslücke	102
II. Die Regelungslücke in § 568 Abs. 2 als "verdeckte" Lücke	103
III. Rechtsfolge einer teleologischen Reduktion	103
 B. Die Möglichkeit eines Analogieschlusses	104
Die Regelungslücke in § 568 Abs. 2 als "offene" Lücke	
Die bisher vorgetragenen Lösungen	104
I. Brettners Analogie zu § 579	105

II. Bettermann	106
1. Analogie zu § 551	106
2. Analogie zu § 79 Abs. 2 S. 2 VwGO	107
III. Analogie zum neuen selbständigen Beschwerdegrund gem. § 568 Abs. 2 nach Literatur und Rechtsprechung	108
C. Zwischenergebnis	109
 § 6 Eigene Fortführung der Ansätze immanenter Rechtsfortbildung und abschließender Lösungsvorschlag	110
A. Weitere Analogieschlüsse	110
I. Zu § 539	110
II. Zu den außerzivilprozessualen Zweitbeschwerderegeln	110
B. Abschließender Lösungsvorschlag	112
I. Die Schaffung einer Verfahrenszweitbeschwerde im Wege offener Rechtsentwicklung als Lückenausfüllung des § 568 Abs. 2	112
II. Konkretisierung der Einzelvoraussetzungen nach dem rechts- politischen Bedürfnis für die Anfechtbarkeit von Verfahrensfehlern	113
1. Die Qualität der zur Zweitbeschwerde berechtigenden Ver- fahrensfehler	113
2. Das Erfordernis der "Neuheit"	113
3. Die Entscheidungskausalität	114
4. Die Trennung von Zulässigkeit und Begründetheit des Rechts- mittels	114
III. Vorschlag zur Gesetzesänderung im Hinblick auf aktuelle Reform- vorhaben im Beschwerderecht	114
 § 7 Zusammenfassung der einzelnen Ergebnisse	115

Literaturverzeichnis

- | | |
|---|--|
| Adomeit | Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht
München 1969 |
| Arndt | Anm. zu OLG Celle NJW 1966, 936
in: NJW 1966, 2174 — 2175 |
| Barazetti | Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde
1882 |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung
27. Aufl., München/Berlin 1963
39. Aufl., München 1981
(zitiert: Baumbach-Bearb.) |
| Baur | Zivilprozeßrecht
2. Aufl., Frankfurt 1978 |
| Begründung des Entwurfs von 1871 | Begründung des Entwurfs einer deutschen Zivilprozeßordnung
Berlin 1872 |
| Bertelmann | Die ratio decidendi zwischen Gesetzesanwendung und Rechtssatzbildung an Hand höchst-richterlicher Rechtsprechung
Diss., Bonn 1975 |
| Bettermann | Verwaltungsakt und Rechtsmittelbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage
in NJW 1958, 81 — 86 |
| ders. | Difformitätsprinzip und neuer Beschwerdegrund
ZZP 77 (1964), 3 — 54 |
| ders. | Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozeß
in: ZZP 82 (1969), 24 — 69 |

Bettermann	Anfechtung und Kassation in: ZZP 88 (1975), 365 – 438
ders.	Anm. zu KG ZZP 90, 417 in: ZZP 90 (1977), 419 – 422
Bergerfurth	Der Zivilprozeß Freiburg/Br. 1968
Bischof	Streitfragen der Vereinfachungsnovelle in: NJW 1977, 1897 – 1902
Blomeyer	Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963
ders.	Zivilprozeßrecht – Vollstreckungsverfahren Berlin/Heidelberg/New York 1975 (zitiert: Blomeyer VollstrVerf)
Böhle-Stamschräder	Konkursordnung 12. Aufl., München 1976
Brettner	Betrachtungen über die Civilprozeßordnung, III. Zur Lehre über die weitere Beschwerde in: ZZP 1 (1879), 247 – 254
Brox	Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung in: ZZP 81 (1968), 379 – 412
Bruns	Zivilprozeßrecht München 1979
Bundesministerium der Justiz	Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht Bonn 1977 (zitiert: Kommissionsbericht)

- Canaris** Die Feststellung von Lücken im Gesetz
Berlin 1964
- Deubner** Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung
des Anspruchs auf rechtliches Gehör als Rechts-
behelf im Zivilprozeß
in: NJW 1980, 263 – 267
- Elze** Lücken im Gesetz
München/Leipzig 1916
- Enneccerus-Nipperdey** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
1. Halbbd.
15. Aufl., Tübingen 1959
- Esser** Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohn-
heitsrecht
in: Festschrift für Fritz von Hippel,
Tübingen 1967, S. 95 – 130
- ders.** Grundsatz und Norm in der richterlichen Fort-
bildung des Privatrechts
3. Aufl., Tübingen 1974
(zitiert: Esser, Grundsatz und Norm)
- Fenn** Anm. zu OLG Stuttgart ZZP 79 (1966), 305
in: ZZP 79 (1966), 308 – 315
- Fikentscher** Methoden des Rechts, Bd. IV
Tübingen 1977
- Fitting** Bemerkungen zur Reichs-Civilprozeßordnung;
II. Zur Lehre von der weiteren Beschwerde
in: ZZP 2 (1880), 284 – 296
- Flume** Richter und Recht – Schlußvortrag zum
46. Deutschen Juristentag
in: Verhandlungen des sechsundvierzigsten
Deutschen Juristentages Bd. II,
München/Berlin 1967, Teil K

Förster-Kann	Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich Bd. II, 2; Drittes Buch, Rechtsmittel 3. Aufl., Berlin 1913
Freudenthal	Zivilprozeßordnung 4. Aufl., München 1926
Gaupp-Stein	Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich Bd. 2 10. Aufl., Tübingen 1911
Germann	Probleme und Methoden der Rechtsfindung Bern 1965
Gilles	Rechtsmittel im Zivilprozeß Frankfurt 1972
Goldschmidt	Zivilprozeßrecht 2. Aufl., Berlin 1932
Hahn-Stegemann	Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung Bd. 1, 2 2. Aufl., Berlin 1881
Hannover'sche Protocolle	Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten Bd. XII Hannover 1864
Henckel	Prozeßrecht und materielles Recht Göttingen 1970
Hubmann	Gewerblicher Rechtsschutz 3. Aufl., München 1974
Jauernig	Zivilprozeßrecht 18. Aufl., München 1977
Klaus-Buhr	Philosophisches Wörterbuch Bd. 2 8. Aufl., Berlin 1972

Kleinfeller	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 3. Aufl., Berlin 1925
Lange-Köhler	BGB – Allgemeiner Teil 16. Aufl., München 1977
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 15. Aufl., Berlin 1966
Leibholz-Rinck	Grundgesetz – Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Loseblattsammlung – 5. Aufl., Köln 1975 Stand: November 1978
Lorenz	Grundrechte und Verfahrensordnungen in: NJW 1977, 865 – 872
Maunz-Dürig-Herzog-Scholz	Grundgesetz-Kommentar – Loseblattsammlung Bd. I, III München 1976 Stand: August 1979 (zitiert: Bearb. in Maunz-Dürig)
Mentzel-Kuhn	Konkursordnung, Kommentar 8. Aufl., München 1976
Meyer	Neuer selbständiger Beschwerdegrund; Bespr. von OLG Breslau, Beschl. v. 3.10.1894 in: ZZP 21 (1895), 85 – 88
Meyer-Ladewig	Justizstaat und Richterrecht in: AcP 161 (1962), S. 97 – 128
Neuhäusler	Grundbegriffe der philosophischen Sprache 2. Aufl., München 1967
Nikisch	Zivilprozeßrecht 2. Aufl., Tübingen 1952

Ohndorf	Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzungen im deutschen Zivilprozeßrecht Berlin 1972
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 40. Aufl., München 1981 (zitiert: Palandt-Bearb.)
Pauli	Über das in Hamburg geltende Prinzip, wonach zwei gleichförmige Entscheidungen Rechtskraft bilden in: Heise/Cropp Jurist. Abhandlungen Bd. II 1830, 183 ff
Petersen	Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich II. Bd. 5. Aufl., Lahr 1906 (zitiert: Petersen-Remelé)
Peterssen-Struckmann	Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung — Nach den von der deutschen Civilprozeß-Commission zu Hannover bei der ersten Lesung gefaßten Beschlüssen — Textausgabe — Hannover 1864
Planck	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 2. Bd. 2. Abt., München 1896
Regierungsentwurf	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung BT — Drucksache VI 790 (zitiert: RegEntw.)
Reimer	Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1968 (zitiert: Reimer-Bearb.)
Reincke	Zivilprozeßordnung 5. Aufl. Berlin 1904

- Reinicke, G., D.** zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung
in: MDR 1956, 324 — 328
(zitiert: **Reinicke**)
- Roquette** Anm. zu OLG Karlsruhe JW 1928, 741
in: JW 1928, 741 — 742
- Rosenberg** Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts
9. Aufl., München/Berlin 1961
- Rosenberg-Schwab** Zivilprozeßrecht
13. Aufl., München 1981
- Rüthers** Die unbegrenzte Auslegung
Tübingen 1968
- Säcker** Zur demokratischen Legitimation des Richter-
und Gewohnheitsrechts
in: ZRP 1971, 145 — 150
- Schmidt** Ist die in § 531 der deutschen Civilprozeßord-
nung ausnahmsweise gestattete Beschwerde dem
Beschwerdeführer zu versagen, wenn die Be-
schwerde vom Beschwerdegerichte mit Unrecht
als formell unzulässig verworfen ist?
in: ZZP (1881), 20 — 32
- Schmidt, F.** Der Begriff des "neuen selbständigen Beschwer-
degrundes" im Sinne des § 568 Abs. 2 der deut-
schen Zivilprozeßordnung
Diss., Breslau 1918
- Schmidt-Bleibtreu** Kommentar zum Grundgesetz
5. Aufl. Neuwied/Darmstadt 1980
- Schneider** Anm. zu OLG Celle NJW 1966, 936
in: NJW 1966, 1367 — 1368
- ders.** Weitere Beschwerde wegen Verletzung des
§ 834 ZPO
in: MDR 1972, 912 — 915

- Schneider** Prozessuale Hürden der weiteren Beschwerde
in: AnwBl 1978, 338 – 342
- ders.** Probleme bei Aufhebung und Zurückweisung
im Beschwerdeverfahren
in: MDR 1978, 525 – 531
- ders.** Probleme des “neuen selbständigen Beschwerdegundes” (§ 568 Abs. 2 ZPO)
in: MDR 1979, 881 – 884
- Schönke-Kuchinke** Zivilprozeßrecht
9. Aufl., Karlsruhe 1969
- Schumann** Anm. zu BVerfG JZ 1973, 311
in: JZ 1973, 314 - 317
- Seuffert-Walsmann** Kommentar zur Zivilprozeßordnung 2. Bd.
12. Aufl., München 1933
- Sonnenberger** Verkehrssitten im Schuldvertrag
München 1970
- Stein-Jonas** Kommentar zur Zivilprozeßordnung
18. Aufl., Tübingen 1956
19. Aufl., Tübingen 1972
20. Aufl., Tübingen 1977
(zitiert: Stein-Jonas-Bearb.)
- Struckmann-Koch** Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich
1. Bd.
8. Aufl., Berlin 1901
- Stüben** Vorschläge zur Neuregelung der Statthaftigkeit
der zivilprozessualen Beschwerde
in: ZZP 83 (1970), 1 – 61
- Sydow-Busch** Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz
20. Aufl., Berlin/Leipzig 1930

Thomas-Putzo	ZPO 11. Aufl., München 1981
Ule	Verwaltungsprozeßrecht 6. Aufl., München 1975
Vollkommer	Der Anspruch der Parteien auf ein faires Ver- fahren im Zivilprozeß in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns München 1980, S. 195 – 220
von Kries	Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses nach den Bestimmungen der deutschen Reichsgesetze Breslau 1880
von Münch	Grundgesetz – Kommentar Bd. 3 München 1978
Welzel	Die Frage nach der Rechtsgeltung Köln/Opladen 1966
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze 2. Aufl., Berlin/New York 1977
Zöller	ZPO 12. Aufl., Köln 1979 (zitiert: Zöller-Bearb.)

Die benutzten Abkürzungen sind zu entnehmen

Kirchner	Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache 2. Aufl., Berlin 1968
Duden	Rechtschreibung der deutschen Sprache und der Fremdwörter 18. Aufl., Mannheim/Wien/Zürich 1980

Gesetzesverzeichnis

ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz idF v. 2.7.1979 (BGBl. I, S. 853)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch idF v. 18.8.1896 (RGBl. S. 195) zuletzt geändert 18.7.1979 (BGBl. I, S. 1061)
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte idF v. 26.7.1957 (BGBl. I, S. 907) zuletzt geändert 18.7.1979 (BGBl. I, S. 1069)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht idF v. 3.2.1971 (BGBl. I, S. 105) zuletzt geändert 20.3.1979 (BGBl. I, S. 357)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche idF v. 18.8.1896 (RGBl. S. 604) zuletzt geändert 2.7.1976 (BGBl. I, S. 1749)
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung idF v. 30.1.1877 (RGBl. S. 244) zuletzt geändert 3.12.1976 (BGBl. I, S. 3281)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit idF v. 17.5.1898 (RGBl. S. 189) zuletzt geändert 18.7.1979 (BGBl. I, S. 1061)
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz idF v. 2.1.1968 (BGBl. I, S. 24) zuletzt geändert 26.7.1979 (BGBl. I, S. 1269)
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften idF v. 20.5.1898 (RGBl. S. 55) zuletzt geändert 29.7.1976 (BGBl. I, S. 2034)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland idF v. 23.5.1949 (BGBl. S. 1) zuletzt geändert 23.8.1976 (BGBl. I, S. 2383)

GKG	Gerichtskostengesetz idF v. 15.12.1975 (BGBl. I, S. 3047) zuletzt geändert 1.2.1979 (BGBl. I, S. 127)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz idF v. 9.5.1975 (BGBl. I, S. 1077) zuletzt geändert 18.8.1976 (BGBl. I, S. 2181)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF v. 4.4.1974 (BGBl. I, S. 869) zuletzt geändert 14.12.1976 (BGBl. I, S. 3341)
Hannöwerische Allgemeine bürgerliche Prozeßordnung	Allgemeine bürgerliche Proceß=Ordnung für das Königreich Hannover vom 8.11.1850 — Textausgabe — Stade 1860
HinterlO	Hinterlegungsordnung idF v. 10.3.1937 (RGBl. I, S. 285) zuletzt geändert 20.8.1975 (BGBl. I, S. 2189)
KO	Konkursordnung idF v. 20. Mai 1898 (RGBl. S. 351) zuletzt geändert am 22.6.1977 (BGBl. I, S. 998)
KostO	Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkheit (Kostenordnung) idF v. 26.7.1957 (BGBl. I, S. 960) zuletzt geändert 18.7.1979 (BGBl., I, S. 1061)
LwVerfG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschafts- sachen idF v. 29.7.1953 (BGBl. I, S. 667) zuletzt geändert 3.12.1976 (BGBl. I, S. 3281)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten idF v. 2.1.1975 (BGBl. I, S. 80) zuletzt geändert 5.10.1978 (BGBl. I, S. 1645)
PatG	Patentgesetz idF v. 2.1.1968 (BGBl. I, S. 1) zuletzt geändert 26.7.1979 (BGBl. I, S. 1269)

PStG	Personenstandsgesetz idF v. 8.8.1957 (BGBl. I, S. 1125) zuletzt geändert 2.7.1976 (BGBl. I, S. 1749)
RpflegerG	Rechtspflegergesetz idF v. 5.11.1969 (BGBl. I, S. 2065) zuletzt geändert 18.7.1979 (BGBl. I, S. 1061)
SGG	Sozialgerichtsgesetz idF v. 3.9.1953 (BGBl. I, S. 1239) zuletzt geändert 30.7.1974 (BGBl. I, S. 1625)
VerglO	Vergleichsordnung idF v. 26.2.1935 (RGBl. I, S. 321) zuletzt geändert 22.6.1977 (BGBl. I, S. 988)
VerschG	Verschollenheitsgesetz idF v. 15.1.1951 (BGBl. I, S. 63) zuletzt geändert 20.12.1974 (BGBl. I, S. 3651)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung idF v. 21.1.1960 (BGBl. I, S. 17) zuletzt geändert 25.7.1978 (BGBl. I, S. 1107)
WohnBewG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz idF v. 31.3.1953 (BGBl. I, S. 97) zuletzt geändert 13.8.1953 (BGBl. I, S. 915)
WZG	Warenzeichengesetz idF v. 2.1.1968 (BGBl. I, S. 29) zuletzt geändert 26.7.1979 (BGBl. I, S. 1269)
ZPO	Zivilprozeßordnung idF v. 12.9.1950 (BGBl. I, S. 533) zuletzt geändert 18.7.1979 (BGBl. I, S. 1061)
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangs- verwaltung idF v. 20.5.1898 (RGBl. S. 713) zuletzt geändert 1.2.1979 (BGBl. I, S. 127)

§ 1 Einführung

A. Begriff und Voraussetzungen der weiteren Beschwerde

Die in § 568 Abs. 2¹ geregelte weitere Beschwerde ist das Rechtsmittel gegen die vom Beschwerdegericht erlassene Entscheidung.

Ob es sich bei einer Anfechtung um die Erst- oder Zweitbeschwerde handelt, ist nicht davon abhängig, wer das Rechtsmittel einlegt, also entweder der unterlegene frühere Beschwerdeführer oder sein Gegner, der durch die Vorentscheidung ungünstiger gestellt worden ist². Maßgeblich ist allein, daß bereits eine Beschwerdeentscheidung vorliegt.

I. Mit der weiteren Beschwerde hat der Gesetzgeber kein gegenüber der Erstbeschwerde andersartiges Rechtsinstitut etwa im Sinne einer "Oberbeschwerde" geschaffen — vergleichbar der Revision —, dessen Voraussetzungen nur aus § 568 zu entnehmen wären. Vielmehr handelt es sich wiederum um eine Beschwerde gegen die Entscheidung der Beschwerdeinstanz³, vergleichbar einer "zweiten Berufung". Das hat zur Folge, daß ihre Statthaftigkeit denselben Regeln unterliegt wie die Erstbeschwerde. Wenn man sich also den Beschluß des Beschwerdegerichts hypothetisch als Erstentscheidung denkt, dann müßte gegen eine solche Entscheidung eine Erstbeschwerde zulässig sein.

1. Die Statthaftigkeit kann sich dabei zunächst gemäß § 567 Abs. 1 1. Alt. daraus ergeben, daß das Gesetz eine einfache, also fristfreie Beschwerde zuläßt^{4 5} oder ausdrücklich eine sofortige Beschwerde anordnet^{6 7}. Im letzteren Fall ist das Rechtsmittel an eine Notfrist von zwei Wochen gebunden und untersteht einer Reihe weiterer, in § 577 aufgeführten Sonderregeln.

1) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der ZPO.

2) Vgl. Zöller-Schneider § 568 Anm. II.

3) Vgl. RGZ — Verein. Zivilsen. 57, 310 (318); Baumbach-Albers § 568 Anm. 2 A; Stain-Jonas-Grunsky § 568 Rdn. 3.

4) Fälle innerhalb der ZPO: zB §§ 78 b Abs. 2, 116 Abs. 3 S. 1, 116 a Abs. 2 S. 1, 116 b Abs. 3 S. 1, 127 S. 2, 141 Abs. 3, 252, 380 Abs. 3, 390 Abs. 3, 409 Abs. 2, 411 Abs. 2 S. 4, 613 Abs. 2, 621 e Abs. 1, 640 iVm 613, 641 d Abs. 3 S. 1.

5) Fälle außerhalb der ZPO: zB §§ 9 Abs. 2, 127, 128 Abs. 2, 3 BRAGO, § 25 Abs. 2 GKG, 174 Abs. 3 S. 3 GVG, § 3 HinterIO, §§ 14 Abs. 3, 31 Abs. 3, 156 KostO, § 18 Abs. 2 LwVerfG.

6) Fälle innerhalb der ZPO: zB §§ 46 Abs. 2, 71 Abs. 2, 91 a Abs. 2 S. 1, 99 Abs. 2 S. 1, 104 Abs. 3 S. 5, 109 Abs. 4, 135 Abs. 3, 252, 269 Abs. 3 S. 5, 319 Abs. 3, 336 Abs. 1 S. 1, 372 a, 387, 406 Abs. 5, 408 iVm 402, 519 b Abs. 2, 641 p Abs. 3 S. 1, 663 Abs. 1, 678 Abs. 2, 680 Abs. 3 iVm 663 Abs. 1, 721 Abs. 6 S. 1, 793, 900 Abs. 4 S. 3, 934 Abs. 4, 952 Abs. 4, 1022 Abs. 3, 1042 Abs. 3, 1045 Abs. 3.

7) Fälle außerhalb der ZPO: zB § 10 Abs. 3 S. 2, 3 BRAGO, §§ 80 Abs. 2, 112 Abs. 2 GenossG, § 181 Abs. 1 GVG, § 16 Abs. 2 HinterIO, § 73 Abs. 3 KO, § 156 Abs. 2 KostO, §§ 22, 32 Abs. 2 LwVerfG, § 49 Abs. 1 S. 1 PStG, § 121 Abs. 2 VerglO, §§ 26, 33 Abs. 2, 36 VerschG, §§ 30 b Abs. 3 S. 1, 74 a Abs. 5 S. 3, (allg.) 96 ZVG.

Die Beschwerde kann gemäß § 567 Abs. 1 2. Alt. aber auch statthaft sein, weil ein das Verfahren betreffendes Gesuch abgelehnt wird⁸.

Der letzte Fall ist sorgfältig zu prüfen. Beruhte nämlich schon die erste Beschwerdeentscheidung auf der Generalklausel des § 567 Abs. 1 2. Alt., so erwächst aus der vom Beschwerdegericht erlassenen, dem Antrag oder Gesuch stattgebenden Entscheidung keiner Partei mehr ein Recht zur weiteren Beschwerde⁹. (Darin dürfte auch der Grund liegen, warum die meisten Anfechtungen der dritten Instanz sofortige weitere Beschwerden sind¹⁰.)

Beachtet werden muß auch, daß die Antwort auf die Frage, ob eine weitere Beschwerde eine fristfreie oder sofortige ist, nicht allein vom Charakter der Erstbeschwerde abhängt. Dies kann aufgrund gesetzlicher Anordnung ausnahmsweise unterschiedlich ausgestaltet sein, beispielsweise in § 252, wo die Anordnung einer Verfahrensaussetzung mit der einfachen, die Ablehnung der Aussetzung aber nur mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann.

2. Praeter legem ermöglicht die hM eine Anfechtung auch dann, wenn der zugrunde liegenden Entscheidung jede gesetzliche Grundlage fehlt, d.h. nicht schon dann, wenn ein Verfahrensfehler vorliegt, sondern eine Entscheidung dieser Art, diesen Inhalts oder von dieser Stelle bzw. aufgrund eines derartigen Verfahrens im Gesetz überhaupt nicht vorgehen ist¹¹.

II. Eine weitere Beschwerde darf nicht ausgeschlossen sein.

1. Hier kommen zunächst solche Gründe in Betracht, die allgemein für das Beschwerdemittel gelten. Außen vor bleiben dabei die Regeln, die eine generelle Unanfechtbarkeit aussprechen, weil diese schon eine Erstbeschwerde unmöglich machen, so daß sich die Frage einer weiteren Anfechtung in solchen Fällen gar nicht stellen kann.

Nach § 567 Abs. 3 S. 1 ist gegen die Entscheidungen der Oberlandesgerichte – bzw. des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofes¹² – eine Beschwerde nicht zulässig. Dies gilt unabhängig davon, in welcher Instanz die Entscheidung ergangen ist. Speziell für die weitere Beschwerde regelt § 567 Abs. 3 S. 2 zwar u.a., daß diese gegen

8) ZB: § 56 Abs. 2, 57, 58, 66 Abs. 1, 89 Abs. 1, 104 Abs. 1, 107 Abs. 1 S. 1, 141 Abs. 3, 142 Abs. 1, 2, 177 Abs. 1, 204 Abs. 1, 216, 299 Abs. 1, 356, 381 Abs. 2, 431 Abs. 1, 441 Abs. 4, 490, 613, 648, 668, 675, 679 Abs. 3, 680, 685, 686 Abs. 2 S. 2, 706, 715 Abs. 1, 724, 726 · 729, 733, 921 Abs. 2, 922 Abs. 1, 926 (bei Entsch. des Gerichts), 934, 936 (bei Entsch. durch Beschluß), 942, 947, 1019, 1022.

9) Stein-Jonas-Grunsky § 568 Rdn. 3; das übersehen zT auch die Gerichte, vgl. KG OLGE 25, 132.

10) Vgl. Schneider AnwBl 1978, 338.

11) Vgl. BGHZ 28, 349 (350); Rosenberg-Schwab § 148 III 3 c; Stein-Jonas-Grunsky § 567 Rdn. 7, jeweils m. Einzelnachw.

12) Wieczorek § 567 Anm F.

Beschlüsse eines OLG möglich bleibt, in denen über eine sofortige Beschwerde gegen die Verwerfung eines Einspruchs bei einem Versäumnisurteil entschieden wurde (§ 568 a)¹³. Grundsätzlich verbleibt aber durch den Ausschlußtatbestand für eine Zweitanfechtung nur noch Raum, wenn als Erstinstanz das Amtsgericht und als Erstbeschwerdegericht das Landgericht entschieden haben¹⁴.

Außerhalb gesetzlicher Regelungen wird von Literatur und Rechtsprechung eine Einschränkung der Beschwerde in den Fällen anerkannt, in denen über dieses Rechtsmittel eine Instanz mehr in das Verfahren einbezogen wird als ursprünglich vom Gesetzgeber vorgesehen; namentlich dann, wenn gegen die Endentscheidung ein Rechtsmittel nicht statthaft wäre bzw. das Beschwerdegericht Vorfragen prüfen müßte, die der Vorderrichter im unanfechtbaren Endurteil zu entscheiden hat^{15 16}.

Im konkreten Prozeßverlauf kann die an sich beschwerdefähige Entscheidung aber auch unanfechtbar werden, beispielsweise bei Verbrauch des Anfechtungsrechts durch sachliche Entscheidung oder bei sog. prozessualer Überholung – d.h. bei Beendigung des Verfahrens vor der Möglichkeit einer Rechtswirkung der für dieses Verfahren ergangenen Beschwerdeentscheidung. Dasselbe gilt bei Verwirkung oder Verzicht auf die Anfechtungsmöglichkeit¹⁷.

2. Besondere Ausschlußregeln, die nur für die Zweitbeschwerde gelten, finden sich daneben in Spezialgesetzen¹⁸ und in der ZPO, sei es im Zusammenhang mit den jeweiligen Einzelschriften¹⁹ oder in allgemeiner Form bei § 568 Abs. 3, der die weitere Beschwerde gegen Kostenentscheidungen des LG (auf Erstbeschwerde hin²⁰) ausschließt.

III. Speziell für die Zweitbeschwerde stellt § 568 eine besondere Prozeßfortsetzungsvoraussetzung²¹ in Abs. 2 auf. Dieser lautet:

13) Zur ratio dieser Vorschrift Stein-Jonas-Grunsky § 567 Rdn. 3.

14) Vgl. Rosenberg-Schwab § 149 IV 1.

15) Vgl. Rosenberg-Schwab § 148 III 2 b, c; Stein-Jonas-Grunsky § 567 Rdn. 5 f; Wieczorek § 567 Anm. F IV, § 568 Anm. B III a 2, B III b 4; Zöller-Schneider § 568 Anm. IV 2, 3.

16) Beisp. aus der Rspr. (Aussetzungsbeschlüsse:) KG JR 1949, 87; OLG Köln JMBI NRW 1952, 155 = NJW 1952, 1101; KG NJW 1953, 1475; OLG Hamm JMBI NRW 1954, 58; KG NJW 1964, 1032; a.A.: OLG Celle NJW 1953, 1474; OLG Düsseldorf MDR 1954, 555; dass. JMBI NRW 1963, 30; (Kostenentscheidungen des LG als Berufungsgericht:) RGZ 46, 349; Verein. Zivilsen. 57, 310; OLG Hamm MDR 1947, 257; dass. MDR 1969, 400; (Beschluß nach Klagerücknahme:) OLG Celle JZ 1960, 575; (Einstw. Verf. :) KG MDR 1952, 627; SchiHOLG SchiH Anz 1959, 298; (Einstellung der Zwangsvollstr. :) OLG Kassel NJW 1949, 870; OLG Celle Nds Rpfl 1956, 72; KG JR 1959, 144; dass. JR 1959, 222 = NJW 1959, 52; OLG Hamm JMBI NRW 1963, 132; OLG Celle NJW 1967, 401.

17) Vgl. Rosenberg-Schwab § 148 III 6; Baumbach-Albers § 567 Anm. 2 B, C.

18) ZB § 128 Abs. 3 S. 3 BRAGO, § 189 Abs. 3 KO, 24 Abs. 3 LwVerfG, § 121 Abs. 3 VergIO, §§ 30 b Abs. 3 S. 2, 74 a Abs. 5 S. 3 ZVG.

19) §§ 116 Abs. 3 S. 2, 116 a Abs. 2 S. 2, 116 b Abs. 2 S. 4, 127 S. 3, 641 p Abs. 3 S. 3, 721 Abs. 6 S. 3.

20) Zöller-Schneider § 568 Anm. III 5.

21) Wieczorek § 568 Anm. B III b 5.

“Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist, soweit nicht in ihr ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht zulässig.”

Nach allgemeiner Ansicht ist in dieser Formulierung der Grundsatz ausgesprochen, daß einer Partei, welche die inhaltlich gleichen Entscheidungen sowohl des Amts- als auch des Landgerichts gegen sich hat (*duae conformes sententiae*), nicht noch eine dritte Instanz eröffnet sein soll²².

Maßgeblich ist also allein die inhaltliche Kongruenz der Rechtsfolgenaussprüche in den angefochtenen Entscheidungen. Weder kommt es dabei auf die verbale Formulierung an, noch darauf, ob die Entscheidungen sachlich zutreffend sind oder nicht. Gerade diese Prüfung soll nach dem Gesetzeszweck entfallen, denn “wenn zwei verschiedene Gerichte in der Beurteilung einer Rechtsfrage oder eines Faktums oder in der Anwendung der ersten auf das letztere zu einem gleichen Resultat gelangt sind, dann streitet eine so starke Praesumption für die Richtigkeit dieser Entscheidung, daß eine anderweitige, also dritte Prüfung und Entscheidung überflüssig ist”²³.

Daraus ergibt sich folgender unstreitiger Anwendungsbereich für die weitere Beschwerde (die übrigen Zulässigkeitsbedingungen und Prozeßvoraussetzungen unterstellt):

1. Das Landgericht hat ein sachliches Eingehen auf den Verfahrensgegenstand abgelehnt, indem es die Beschwerde fehlerhaft als unzulässig verworfen hat (§ 574). In diesem Fall liegt keine inhaltliche Kongruenz der Rechtsfolgenaussprüche vor, weil es nur in einer Instanz tatsächlich zur rechtlichen Prüfung gekommen ist, während die andere die Erneuerung des Rechtsstreites und damit eine Sachentscheidung abgelehnt hat.

Beispiele hierfür sind die Beschwerdeverwerfungen wegen vermeintlich mangelnder Beschwer²⁴.

Dasselbe Argument greift durch, wenn der umgekehrte Fall eintritt, also das Landgericht auf den Verfahrensgegenstand eingegangen ist, das Amtsgericht aber das Gesuch als unzulässig abgelehnt hat. Da es nur zu einer sachlichen Prüfung gekommen ist, liegen keine *duae conformes sententiae* vor²⁵.

Ob in diesen Fällen tatsächlich eine Verwerfung als unzulässig ohne Eingehen auf die Rechtsfrage gegeben ist, ist gegebenenfalls nicht der Formulierung, sondern dem durch Auslegung ermittelten Gehalt der fraglichen Entscheidung zu entnehmen²⁶.

22) Vgl. RGZ 17, 372; Baumbach-Albers § 568 Anm. 2 B; Bettermann ZJP 77, 412; Jauernig § 75 I (S. 251); Rosenberg-Schwab § 149 VI 2; F. Schmidt S. 25; Stein-Jonas-Grünsky § 568 Rdn. 4; Stöben ZJP 83, 4; Thomas-Putzo § 568 Anm. 3; Wiczorek § 568 Anm. B V b; Zöller-Schneider § 568 Anm. II 1 c.

23) Pauli S. 216 f.; zitiert bei Bettermann ZJP 77, 12.

24) Vgl. OLG Hamm Rpfleger 1956, 197, im übrigen RGZ 30, 394; 34, 378; 35, 374; 55, 310; KG MDR 1969, 316; Bettermann ZJP 77, 19.

25) Vgl. RGZ 14, 387; RG JW 1896, 74 (Nr. 29); OLG Düsseldorf JW 1927, 401 (Nr. 7).

26) OLG Hamm JMBI NRW 1978, 78; Baumbach-Albers § 568 Anm. 2 B a.

2. Der Erstbeschwerde wurde stattgegeben und die Entscheidung des Amtsrichters abgeändert. Eine Zweitanfechtung kommt für den früheren Beschwerdeführer nun nicht mehr in Betracht, da er sein Ziel bereits erreicht hat, doch ist eine weitere Beschwerde des durch die Abänderung betroffenen Verfahrensgegners möglich.

Dazu folgender Fall²⁷: Der Gerichtsvollzieher hatte die Kosten für die Einlagerung und spätere Vernichtung von Mobiliar des Schuldners einer Zwangsäumung aus dem Gläubigervorschuß gedeckt. Die hiergegen gerichtete Erinnerung der Gläubigerin wurde vom AG zurückgewiesen. Erst auf die sofortige Beschwerde der Gläubigerin hin wurde der Gerichtsvollzieher zur Rückerstattung der Kosten an die Gläubigerin angewiesen. Gegen diesen Beschluß legte nun der Gerichtsvollzieher (erfolgreich) die weitere Beschwerde ein, weil die Rückzahlungsverpflichtung ihn erstmalig beschwerte.

Ändert das LG nur teilweise die Entscheidung des Amtsrichters ab, so entsteht ein neuer selbständiger Beschwerdegrund insoweit, als keine Übereinstimmung der beiden Vorinstanzen gegeben ist.

Der Schuldner hat beispielsweise Erinnerung nach § 766 zwecks Freigabe mehrerer Pfandstücke eingelegt, weil eine Überpfändung iSv § 803 vorlag. Die Erinnerung wurde als unbegründet zurückgewiesen, woraufhin der Schuldner sofortige Beschwerde nach § 793 einlegt, der zum Teil stattgegeben wird, so daß nur einige Pfandstücke freigegeben werden. Folge: In bezug auf die freigegebenen Sachen hat der Gläubiger die (sofortige) weitere Beschwerde; im Umfang der Zurückweisung steht des Rechtsmittel dem Schuldner zu²⁸.

3. Es bleibt der Fall, daß die Erstbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen wird. Hier bestehen zwei Möglichkeiten für die Bejahung eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes.

a) Zunächst einmal dann, wenn die Erstbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen wurde statt richtigerweise als unzulässig und wenn durch die Sachentscheidung eine für den Beschwerdeführer ungünstigere Rechtswirkung erzeugt worden ist als im Falle einer Prozeßentscheidung.

Eine solche Schlechterstellung kann sich daraus ergeben, daß anstelle der Beschwerde ein anderer Rechtsbehelf gegen die mit der Beschwerde angefochtene Entscheidung gegeben war – und auch inzwischen noch nicht verbraucht ist –, eine Entscheidung hierüber aber durch den Beschwerdebeschluß präkludiert oder präjudiziert wird.

Das ist etwa der Fall bei der Erinnerung nach § 766 anstelle der sofortigen Beschwerde gemäß § 793²⁹ oder bei einem Widerspruch nach § 924 statt der Beschwerde aus §§ 567 Abs. 1, 793³⁰.

Etwas komplizierter lag der Fall in einem Beschluß des OLG Hamm aus dem Jahre 1975³¹. Hier war gegen die mangels Masse erfolgte Ablehnung des Antrages auf Konkurs-

27) OLG Karlsruhe DGVZ 1974, 114 ff.

28) Vgl. Zöller-Schneider § 568 Anm. II 3.

29) S. OLG Hamburg OLGE 17, 202; OLG Breslau Seuff Arch 51, Nr. 303 (nicht mehr aktuell).

30) Bettermann ZZZ 77, 49.

31) NJW 1976, 758 = MDR 1976, 319.

eröffnung sofortige Beschwerde eingelegt und später als unbegründet zurückgewiesen worden. Vor Einlegung des Rechtsmittels war der angefochtene Ablehnungsbeschluß aber infolge zulässiger Rücknahme des Konkursantrages gemäß §§ 72 KO, 271 Abs. 3 wirkungslos geworden. Damit hätte die Beschwerde als unzulässig verworfen werden müssen. Die durch die Abweisung als unbegründet eingetretene Schlechterstellung sah das OLG Hamm darin, daß dem Schuldner, also dem Beschwerdeführer, dadurch die Möglichkeit genommen war, gemäß §§ 72 KO, 271 Abs. 3 S. 1 einen (deklaratorischen) Ausspruch über die Wirkungslosigkeit des die Konkurseröffnung ablehnenden Beschlusses herbeizuführen. Dieser Ausspruch war für den Schuldner insofern von Interesse, als er damit verhindern konnte, in das nach § 107 Abs. 2 KO geführte Verzeichnis derjenigen Schuldner eingetragen zu werden, bezüglich derer die Konkurseröffnung mangels Masse abgelehnt worden war. Der Grund für die Unmöglichkeit des Ausspruchs bestand in der bindenden Sachentscheidung des Beschwerdegerichts, in der die Wirksamkeit der Rücknahme des Konkursantrages verneint wurde, woraus sich notwendigerweise das Nichtvorliegen der Voraussetzungen eines deklaratorischen Ausspruchs nach § 271 Abs. 3 S. 1 ergab. Demgemäß ließ OLG Hamm die weitere Beschwerde zu und gab ihr statt.

b) Trotz einer Bestätigung der erstinstanzlichen Abweisung durch das Beschwerdegericht ist eine weitere Beschwerde auch insoweit³² möglich, als das Landgericht über die Vorentscheidung hinausgeht und dadurch den Beschwerdeführer rechtlich ungünstiger stellt³³.

Wird beispielsweise in der Erstinstanz eine einstweilige Verfügung (oder Arrest) mit der Begründung mangelnder Glaubhaftmachung abgelehnt und verneint daraufhin die Beschwerdeinstanz das Bestehen eines materiell-rechtlichen Anspruchs überhaupt, so erwächst dem Führer der Erstbeschwerde dadurch das Recht zur Zweitanfechtung³⁴.

c) Greift aber einer der beiden Ausnahmefälle nicht ein, so findet eine weitere Beschwerde grundsätzlich nicht statt, wenn die Erstanfechtung als unbegründet zurückgewiesen worden ist. Stimmt der Inhalt der Entscheidungen überein, so kommt es auf die Gleichheit der Gründe nicht mehr an³⁵. Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt selbst dann nicht vor, wenn der Beschwerderichter die Entscheidung auf einen vom Amtsgericht nicht für stichhaltig erachteten Grund stützt³⁶, wenn ersichtlich eine materielle Rechtsnorm verletzt wurde³⁷ oder die Zurückweisung aufgrund neuen Vorbringens in der Beschwerdeinstanz erfolgt ist³⁸.

32) Also nur in den Grenzen der Schlechterstellung selbst! Vgl. **Wieczorek** § 568 Anm. B IV b.

33) Insoweit dient hier § 568 Abs. 2 gleichzeitig dazu, das auch im Beschwerderecht geltende Verbot der *reformatio in peius* (vgl. **Stein-Jonas-Grunsky** § 573 Rdn. 8) durchzusetzen.

34) S. RG JW 1902, 132 (Nr. 37); RGZ 32, 56 (57); weitere Fälle: RGZ 1, 233 (234); 13, 320 (325); 16, 317 (318); KG JW 1938, 1841 (Nr. 53); OLG Celle NJW 1963, 1595.

35) OLG Köln MDR 1972, 957; **Stein-Jonas-Grunsky** § 568 Rdn. 4.

36) KG JW 1938, 2237 (Nr. 49).

37) OLG München JW 1928, 1159 (Nr. 26); vgl. auch **Bettermann** ZJP 90, 420.

38) RG Seuff Arch 58, Nr. 197; w. Nachw. bei **Wieczorek** § 568 Anm. B IV b.

B. Der Meinungsstand zur sog. Verfahrenszweitbeschwerde

Wendet man den in § 568 Abs. 2 niedergelegten Grundsatz der *duae conformes sententiae* ganz formalistisch an, so spielt es keine Rolle, wie die Beschwerdeinstanz zu ihrer Entscheidung gekommen ist. Maßgeblich ist ja allein, ob der Beschluß mit der Amtsgerichtsentscheidung in Inhalt und Auswirkungen gleichartig ist.

Dann müßte aber auch der Rechtsmittelführer abgewiesen werden, der zwar ablehnende Entscheidungen sowohl aus der ersten als auch aus der Beschwerdeinstanz gegen sich hat, der jedoch darauf verweist, daß das Landgericht bei seiner Beschlußfassung eine Verfahrensvorschrift mißachtet oder verkannt hat.

Bestritten ist, ob in diesen Fällen eine weitere Beschwerde, die ihre Begründung gerade in dem Verfahrensfehler sehen will — die sogenannte Verfahrenszweitbeschwerde —, nicht doch zugelassen werden soll.

Besonderer Hervorhebung bedarf vorab die Feststellung, daß diese Art von Zweitanfechtung nur dann Bedeutung erlangt, wenn es um zwei tatsächlich kongruente Vorentscheidungen geht und wenn die Führer der Erst- und Zweitbeschwerde identisch sind.

Alle anderen Sachverhaltskonstellationen sind zwanglos über die oben aufgeschlüsselten Fälle des § 568 Abs. 2 zu lösen, ohne daß es auf einen vielleicht gleichzeitig vorliegenden Verfahrensfehler — worauf aber die Rechtsprechung verschiedentlich abgestellt hat³⁹ — ankäme.

I. Die hM in Judikatur und Schrifttum bejaht im Grundsatz die Zulässigkeit der Verfahrenszweitbeschwerde. Dabei werden jedoch der dogmatische Anknüpfungspunkt und demzufolge die Voraussetzungen unterschiedlich beurteilt:

In Fortführung der Auffassung des Reichsgerichts⁴⁰ — das seinerseits im Einklang mit der ganz überwiegenden älteren ZPO-Literatur stand⁴¹ — siedelt die traditionelle OLG-Rechtsprechung^{42 43} diese Fallgruppe bei § 568 Abs. 2 an und verlangt als wichtigste Konsequenz, daß der Verfahrensfehler neu und selbständig sein muß. Daraus folgt, daß eine wei-

39) RG Gruch Beitr 44, 1169; KG OLGE 25, 132; OLG Hamm JMBI NRW 1963, 32; OLG Köln Rpfleger 1976, 101; s. im einzelnen zu diesen Entscheidungen unten § 2 B.

40) RGZ 17, 371; 18, 425; 42, 352. Das Reichsgericht war bis zum Jahre 1905 auch zur Entscheidung über Beschwerden gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte zuständig. Erst mit Schaffung des § 567 Abs. 3 S. 1 (vgl. RGBl 1905, S. 536) ist diese Möglichkeit entfallen.

41) Brettner Z郑 1, 251; Fitting, Der Reichs-Zivilprozeß § 84 Fußn. 11 a.E.; Förster-Kann § 568 Anm. 2 b cc d; Freudenthal § 568 Anm. 68; Gaupp-Stein § 568 Anm. III 2; Goldschmidt S. 227; Kleinfeller § 126 III 3 b; Meyer Z郑 21, 87; Petersen-Remele § 568 Anm. 3 b; Planck S. 558 f; Reincke § 568 Anm. 2 a.E.; Schmidt Z郑 3, 24 f; F. Schmidt S. 63 ff; Seuffert-Walsmann § 568 Anm. 2 b; Struckmann-Koch § 568 Anm. 3; Sydow-Busch § 568 Anm. 2.

42) Vgl. etwa OLG Posen OLGZ Bd. 30, 112; OLG München HRR 1936, Nr. 1075; OLG Celle NJW 1953, 588, 1595; OLG Hamm JMBI NRW 1955, 222; OLG Köln OLGZ 1975, 365; OLG Frankfurt Rpfleger 1975, 442; KG Z郑 90, 417; ausführliche Einzelnachw. mit Inhaltsangabe der jeweiligen Entscheidungen unten § 2.

43) Dieser Rspr. folgend die Lit.: Baumbach-Lauterbach (bis 27. Aufl.) § 568 Anm. 2 B c; Baur Rdn. 230; Blomeyer § 105 III (S. 590); Nikisch S. 502; Rosenberg (bis 9. Aufl.) § 145 III a d; Schönke-Kuchinke § 79 VIII; Stein-Jonas-Pohle (bis 18. Aufl.) § 568 Anm. III 2; Thomas-Putzo § 568 Anm. 3 a; Wieczorek § 568 Anm. B IV b 1.

tere Beschwerde ausgeschlossen ist, wenn der Fehler sowohl in der amtsgerichteten Entscheidung als auch in der Beschwerdeabweisung enthalten war⁴⁴.

Andere lösen die Verfahrenszweitbeschwerde vom Difformitätsprinzip ab und stellen sie als mehr oder weniger selbständige Beschwerdeart neben die durch § 568 Abs. 2 ermöglichten Fälle⁴⁵. Demzufolge werden auch einige, spezifisch auf die Verfahrensfehler abgestimmte Einzelerfordernisse aufgestellt⁴⁶. Dabei zeigt die Entwicklung in jüngster Zeit, daß die Neuheit des Verfahrensfehlers nicht mehr rein formal nach der Verdoppelung in den Vorinstanzen beurteilt wird, so daß eine Zweitbeschwerde unter Umständen auch dann für möglich gehalten wird, wenn schon das AG denselben Verstoß begangen hat⁴⁷.

II. Die hM ist bei Bettermann in Weiterführung schon früher teilweise in der Prozeßrechtsliteratur⁴⁸ vertretener Ansichten auf Ablehnung gestoßen. In seinem grundlegenden Aufsatz "Difformitätsprinzip und neuer Beschwerdegrund"⁴⁹ erläutert er, daß der in § 568 Abs. 2 festgeschriebene Grundsatz des Ausschlusses weiterer Anfechtung bei *duae conformes sententiae* nicht auf die Divergenz oder besser Difformität der den Entscheidungen zugrunde liegenden Rechtsfehler abstelle, sondern auf die Difformität der Beschwer⁵⁰.

Es komme also darauf an, daß der Grund zur Beschwerde, m.a.W. das Motiv oder die Veranlassung zur Anfechtung — also die Beschwer —, durch die Beschwerdeentscheidung verändert werde⁵¹. Das sei aber bei Verfahrensfehlern nur ausnahmsweise⁵² der Fall, denn auch wenn solche tatsächlich zu einer falschen Beschwerdeentscheidung geführt hätten, sei dieselbe doch nur die Wiederholung der angefochtenen Ausgangsentscheidung; bei gleichem Entscheidungsinhalt liege andererseits keine neue (difforme) Beschwer vor, wie § 568 Abs. 2 es verlange, sondern nur eine Erneuerung der alten Beschwer⁵³.

Demgemäß führe ein Verfahrensfehler nicht schon für sich allein zur Zweitanfechtung, sondern erst dann, wenn es infolge dieses Fehlers zu einem Beschwerdebeschluß komme, der den Rechtsmittelführer anders beschwere als die erstinstanzliche Entscheidung.

Nach Ansicht Bettermanns ist der Verfahrenszweitbeschwerde mit dieser Erkenntnis die gesetzliche Legitimation entzogen; er bezeichnet sie als "praeterlegal, wenn nicht illegal"⁵⁴.

44) RGZ 60, 406 (408); OLG Hamm JMBI NRW 1964, 31; KG NJW 1968, 2245 = Rpfleger 1968, 328.

45) OLG Hamm NJW 1979, 170; ihm folgend Baumbach-Albers § 568 Anm. 2 B c.

46) Schneider MDR 1972, 914.

47) OLG Köln NJW 1979, 1834; ihm folgend Schneider MDR 1979, 883; ders. anders noch in: MDR 1972, 914; AnwBI 1978, 341; Zöller § 568 Anm. II 4 c.

48) Barazetti S. 235; Fitting ZJP 2, 290.

49) ZJP 77, 3 — 54; vgl. die nachfolgenden Einzelzitate.

50) ZJP 77, 22

51) Vgl. ZJP 77, 15/21.

52) Ausnahmen oben A III 3 (S. 5 d.A.); auch Bettermann ZJP 77, 48 ff.

53) ZJP 77, 39.

54) ZJP 77, 45.

Abgesehen von diesem grundsätzlichen Bedenken legt Bettermann dar, daß die Zweitanfechtung wegen Verfahrensfehler auch mit dem Prinzip der Trennung von Zulässigkeit und Begründetheit eines Rechtsmittels kollidiere: § 568 Abs. 2 mache die Zulässigkeit einer weiteren Beschwerde vom tatsächlichen Vorliegen eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes abhängig. Ließe man nun mit der Rechtsprechung die weitere Beschwerde durchgreifen, wenn der Beschwerdeführer einen vorangegangenen Verfahrensverstoß nachweise, so müsse man dessen tatsächliches Vorliegen gemäß § 568 Abs. 2 schon in der Zulässigkeit feststellen. Das aber habe zur Folge, daß der als Zulässigkeitsbedingung gedachte Beschwerdegrund mit der Erfolgsvoraussetzung identisch sei: Also gebe es nur unzulässige oder zulässige und zugleich begründete Zweitanfechtungen (die jedoch im Einzelfall bei Richtigkeit der Entscheidung analog § 563 zu behandeln seien und demnach erfolglos blieben). Zulässige aber unbegründete Verfahrenszweitbeschwerden existierten nicht⁵⁵.

Zuletzt weist Bettermann auf die für ihn unverständliche Privilegierung der Verfahrensfehler hin, die sich daraus ergebe, daß eine falsche Beschwerdeentscheidung, die auf der fehlerhaften Anwendung einer materiellen Rechtsnorm (= error in iudicando) beruhe, nicht mehr angreifbar sei⁵⁶, während der diesem vorgelagerte Fall der Fehlinterpretation einer Verfahrensnorm (= error in procedendo) die Anfechtbarkeit begründen soll⁵⁷.

Der Meinung Bettermann haben sich später nur die Oberlandesgerichte Zweibrücken⁵⁸ und Schleswig⁵⁹ sowie ein Teil der Prozeßrechtsliteratur⁶⁰ angeschlossen.

Bettermann selbst hat seine kompromißlose Ablehnung der Verfahrenszweitbeschwerde inzwischen etwas modifiziert⁶¹. Zwar bleibt er dabei, daß man den Beschwerdegrund iSv § 568 Abs. 2 nur als Beschwer, nicht aber zugleich – soweit Verfahrensfehler in Frage stehen – als Anfechtungsgrund begreifen könne⁶², ferner sieht er nach wie vor nicht ein, warum der irreversible error in iudicando leichter wiegen solle als der zur Zweitanfechtung berechtigende error in procedendo, so daß letztlich die Zweitbeschwerde "ein Angriff auf das Diffinitätsprinzip" und ein "Unterlaufen der Entscheidung des Gesetzgebers" sei⁶³.

55) Z郑 77, 16/27; deutliches Beispiel hierfür OLG Hamm NJW 1979, 171 r. Sp.: "Aus den schon berührten Gründen steht mit der Zulässigkeit der sofortigen weiteren Beschwerde auch ihre Begründetheit fest."

56) Vgl. oben A III 3 c (S. 6 d. A.); Nachw. Fußn. 37.

57) Z郑 77, 40.

58) NJW 1971, 1273.

59) NJW 1975, 319; s. auch den BVerfGE 49, 252 zugrundeliegenden Beschluß v. 21.3.78 Akt. Z. 1 W 218/77.

60) Ausdrücklich: Rosenberg-Schwab § 149 VI 2 c; Stein-Jonas-Grunsky § 568 Rdn 8 a.E.; dazu sind wohl auch zu rechnen; Bergerfurth Rdn. 495; Bruns Rdn. 290; Jauernig § 75 I (S. 251).

61) Z郑 90, 419 – 422, Anm. zu KG (Z郑 90, 417).

62) Z郑 90, 420.

63) AaO.

Um aber wenigstens den Widerspruch zu dem nach difformen Beschwerden ausgerichteten § 568 Abs. 2 aufzulösen und um eine einheitliche Behandlung der Rechtsmittel in puncto Trennung von Zulässigkeit und Begründetheit herbeizuführen, verlangt Bettermann: Solle tatsächlich die dritte Instanz bei Verfahrensmängeln eröffnet werden, so sei die hierauf gestützte Anfechtung als neue selbständige Beschwerde neben der gesetzlich vorgesehenen Difformitätsbeschwerde anzusiedeln. Dann müsse auch das tatsächliche Vorliegen eines Verfahrensfehlers nicht mehr in der Zulässigkeit geprüft werden, sondern dies wäre – wie bei Berufung und Revision auch – allein der Begründetheit vorbehalten. Für die Zulässigkeit reiche dann die bloße Behauptung des prozeduralen Mangels aus⁶⁴.

C. Kritik an den bisher vertretenen Einzelmeinungen; die Aufgabenstellung

I. Bettermann ist es zu verdanken, daß die bis dahin kaum umstrittene Bejahung der Verfahrenszweitbeschwerde auf ihre dogmatische Rechtfertigung hin untersucht und mit starken Argumenten in Frage gestellt worden ist.

Seine Ansicht erweckt aber Zweifel sowohl vom Ergebnis als auch vom methodischen Vorgehen her:

Die Verfahrenszweitbeschwerde in der durch die Rechtsprechung anerkannten Form bietet den Vorteil, daß die Instanzgerichte in der Lage sind, grobe und grösste Verfahrensverstöße selbst zu korrigieren, während nach Bettermann etwa Verletzungen von Prozeßgrundrechten nur über den Umweg der Verfassungsbeschwerde korrigierbar sind⁶⁵. Es fragt sich, ob eine mit dem Zivilprozeßrecht harmonisierende Lösung notwendig die Schaffung eines "Ausweichdruckes"⁶⁶ in Richtung auf das Verfassungsgericht zur Folge haben muß.

Der von Bettermann durch Auslegung ermittelte Inhalt des § 568 Abs. 2 wird ferner zur starren und unwandelbaren Prämisse erhöht. Damit steht der Beschwerdeausschluß dieser Vorschrift auf derselben Stufe wie die weitaus eindeutigeren Fälle der §§ 567 Abs. 2, 3, 568 Abs. 3, 127 S. 3 etc.⁶⁷, und es ist nur konsequent, wenn danach "die praeter- und contralegale Zulassung der weiteren Beschwerde wegen Verfahrensmängel keine rechtschöpferische 'Tat' der Rechtsprechung, keine 'juristische Entdeckung' und kein 'Fortschritt', sondern richterlicher Ungehorsam aus Unverstand" sein muß⁶⁸.

Dabei unternimmt Bettermann aber nicht einmal den – angesichts der Schärfe seiner Formulierungen unverzichtbaren – Versuch, die Frage der Regelungslücke in § 568 Abs. 2 zu prüfen, um so methodisch richtig die Möglichkeit einer immanenten Rechtsfortbildung in Richtung Verfahrenszweitbeschwerde zu widerlegen.

64) ZJP 90, 422.

65) Vgl. BVerfGE 49, 252.

66) Vgl. zu diesem Begriff Deubner NJW 1980, 263.

67) Bettermann ZJP 77, 48.

68) Bettermann ZJP 90, 421

Die hM muß sich dagegen den Vorwurf gefallen lassen, daß sie die weitere Beschwerde wegen Verfahrensmängel oft zu einseitig aus praktischen Erwägungen zugelassen hat, ohne eine echte Auseinandersetzung mit der gesetzlichen Anordnung des § 568 Abs. 2 zu suchen. Die vereinzeltten Begründungsversuche in den Entscheidungen der Prozeßgerichte befassen sich naturgemäß nur mit dem für den jeweiligen Fall relevanten Teilaspekt, wobei eine umfassende Diskussion nicht möglich ist. Das hat zur Folge, daß die Verfahrenszweitbeschwerde bei näherem Hinsehen als ein Flickwerk erscheint, das sich aus den verschiedensten Begründungen zusammensetzt und mit unterschiedlichen Anwendungsvoraussetzungen versehen ist.

Insofern besteht also nach wie vor ein echtes dogmatisches Defizit, das – wie dargestellt – in jüngerer Zeit zuerst von Bettermann moniert worden ist.

II. Damit ergibt sich die Zielsetzung der nachfolgenden Untersuchung: Es ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit für die von der Praxis in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelte Verfahrenszweitbeschwerde nicht doch eine dogmatische Begründung gefunden werden kann und in welchem Maße die bisher geltenden Einzelerfordernisse des zur Beschwerde berechtigenden Verfahrensfehlers von einer solchen prozeßtheoretischen Fundierung beeinflußt werden.

D. Vorgehen im einzelnen

Aus der Zielsetzung folgt der Ablauf der Untersuchung:

Zunächst muß Klarheit darüber geschaffen werden, um welche anfechtbaren Verfahrensfehler es im einzelnen geht. Darüber kann nur eine detaillierte Sammlung und Interpretation der obergerichtlichen Judikatur Aufschluß geben.

Diese Bestandsaufnahme dient auch einem weiteren Zweck. Erst wenn feststeht, welche Fallgruppen für die Verfahrenszweitbeschwerde im einzelnen in Frage kommen, kann genauer ermittelt werden, ob für die Anerkennung aller Gruppen von Prozeßfehlern als Grundlage einer weiteren Beschwerde überhaupt ein rechtspolitisches Bedürfnis besteht.

Soweit ein solches Bedürfnis anzuerkennen ist, muß weiter geprüft werden, ob und wie diesem *de lege lata* – also durch Norminterpretation bzw. offene Rechtsfortbildung – entsprochen werden kann. Dabei ist in der Reihenfolge zuerst zu fragen, ob die Verfahrenszweitbeschwerde von dem durch Auslegung ermittelten Regelungsgehalt des § 568 Abs. 2 erfaßt werden kann oder ob dafür nicht möglicherweise eine andere Rechtsquelle in Betracht kommt. Verneinendenfalls bleibt die Möglichkeit, eine Rechtsmittelerweiterung im Wege immanenter Rechtsfortbildung, also durch teleologische Reduktion oder Analogie, zu begründen. Nur wenn auch diese nicht weiterführt, stellt sich die Frage nach einer gesetzübersteigenden Rechtsfortbildung.

Den Ausgangspunkt für jeden Einzelschritt der Diskussion soll in dieser Folge die jeweils entsprechende Begründung durch die Rechtsprechung und Literatur bilden. Dadurch ist gewährleistet, daß kein Aspekt des in sich vielfältigen Meinungsspektrums unberücksichtigt bleibt und einer Prüfung entzogen ist.

Soweit es sich danach ergibt, soll auf der Grundlage der gewonnenen Einzelergebnisse ein eigener Vorschlag zur dogmatischen Begründung und Ausgestaltung der Verfahrensbeschwerde formuliert werden.

§ 2 Bestandsaufnahme und Analyse der nach der Rechtsprechung zur weiteren Beschwerde berechtigenden Verfahrensfehler

A. Der Begriff der Verfahrensrechtsverletzung

1. Wie erwähnt, ist eine Zweitbeschwerde nicht möglich, falls bei unveränderter Beschwer vom Rechtsmittelführer ein — wenn auch neuer — *error iuris* in der Beschwerdeentscheidung gerügt wird¹.

Erste Voraussetzung für die Verfahrensweitanechtung ist also, daß gerade ein *error in procedendo*, ein Verfahrensfehler, vorliegt. Man könnte dies zunächst danach bestimmen, ob die im Ergebnis verletzte Rechtsregel zum Verfahrensrecht oder zum materiellen Recht gehört². In den meisten Fällen ist das auch ausreichend.

Problematisch wird dieses Kriterium aber dann, wenn Prozeßrecht und sachliches Recht in einem solchen Verhältnis zueinander stehen, daß die Verletzung einer materiellen Vorschrift notwendigerweise einen Prozeßfehler bedingt. Das ist insbesondere der Fall, wenn das Beschwerdegericht in einer Verfahrensart, in welcher der Ermittlungsgrundsatz gilt, die für die Ausfüllung einer materiellen Rechtsnorm erforderliche Sachaufklärung deshalb unterlassen hat, weil es diese Vorschrift verkannt hat. Der materiell-rechtliche Irrtum führt hier also zum Verstoß gegen den prozessualen Ermittlungsgrundsatz. Würde man auch in solchen Konstellationen auf die im Ergebnis verletzte Rechtsnorm abstellen, so müßte ein zur Zweitbeschwerde berechtigender Verfahrensfehler angenommen werden. Praktisch wären damit die Grenzen zwischen *error in procedendo* und *error in iudicando* verwischt.

Das OLG Hamm³ stand dieser Problemlage gegenüber, als es entscheiden mußte, ob die Vorinstanz als Konkursgericht einen *error in procedendo* begangen hatte, indem es Maßnahmen zur erforderlichen Sachverhaltsaufklärung unterlassen hatte, obwohl in § 75 KO der Ermittlungsgrundsatz niedergelegt ist⁴. In dem Beschluß — der der weiteren Beschwerde stattgibt — wird differenziert:

Halte das Gericht im Rahmen einer materiell-rechtlichen Norm, auf die es seine Entscheidung stützen wolle, irrig weitere Ermittlungen nicht für erforderlich, so sei der Verstoß gegen die Ermittlungspflicht Inhalt der Sachentscheidung, gleichgültig ob dies auf einem Auslegungsfehler oder auf rechtsfehlerhafter Nichtanwendung der materiellen Norm beruhe. In diesem Fall liege kein *error in procedendo*, sondern ein *error iuris* vor. Decke sich die so gefundene Entscheidung mit der des AG, so fehle ein neuer selbständiger Beschwerdeggrund⁵.

1) S. oben § 1 A III 3 (S. 6 d. A.).

2) So zB Bettermann Z郑 77, 35; 90, 420.

3) MDR 1972, 521 (Nr. 87) = OLGZ 1972, 253 (255).

4) Trotz der Formulierung "kann", vgl. Mentzel-Kuhn § 75 Rdn. 1.

5) Natürlich nur, soweit ansonsten *duae conformes sententiae* gegeben sind.

Habe dagegen das Gericht weitere Ermittlungen aufgrund einer unzutreffenden Bewertung von verfahrensrechtlichen Vorschriften unterlassen, so sei ein echter error in procedendo gegeben. Nach OLG Hamm kann die hierauf ergangene Entscheidung mit der Zweitbeschwerde korrigiert werden.

Demnach kommt es für die Bestimmung des Verfahrensfehlers iSd Verfahrensweitbeschwerde nicht allein darauf an, daß im Ergebnis eine Verletzung des Verfahrensrechts gegeben ist. Vielmehr muß zusätzlich noch ausgeschlossen werden, daß die Ursache dafür in einer Verkennung des sachlichen Rechts liegt.

II. Die weitere zur Bestimmung des Verfahrensfehlers bedeutsame Frage ist, ob nur die Nichtbeachtung einer Rechtsregel den Verfahrensverstoß zu begründen vermag oder ob dies auch durch eine fehlerhafte Interpretation – der aber doch zumindest eine positive Befassung mit der Prozeßnorm zugrunde liegt – möglich ist.

Eine Antwort hierauf gibt die schon oben zitierte Entscheidung des OLG Hamm⁶. Daraus folgt, daß die Rechtsprechung neben der völligen Außerachtlassung einer Verfahrensnorm auch deren fehlerhafte Auslegung oder Subsumtion als Prozeßverstoß ansieht und die so zustandgekommene Entscheidung für anfechtbar hält.

So hat beispielsweise das OLG Hamm in zwei anderen Beschlüssen Beschwerdeentscheidungen, die auf der fehlerhaften Auslegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Vollstreckungsschutzantrages nach § 765 a beruhten, im Wege der Verfahrensweitbeschwerde aufgehoben⁷.

Dieselbe Behandlung erfuhr ein Beschwerdebeschluß, der auf der irrigen Annahme des Landgerichts beruhte, eine Kostenentscheidung könne wegen der Einseitigkeit des Verfahrens entfallen⁸.

Auch die Auslegung des Beschwerdegerichts, § 834 gewähre selbst dann kein Anhörungsrecht des Schuldners, wenn der Gläubiger dies beantrage, wurde als Verfahrensfehler angesehen⁹.

B. Die wesentlichen Verfahrensfehler, geordnet nach verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten

Für die Systematisierung der Verfahrensverstöße bieten sich verschiedene Möglichkeiten an. Man könnte die Fehler nach dem Stellenwert der jeweils verletzten Vorschrift im Binnenbereich des Prozeßrechts ordnen, so daß zunächst Prozeßmaximen, sodann nachrangige Strukturprinzipien des Zivilverfahrens, später amtswegige Prüfungs- und Entscheidungspflichten bis schließlich zu den einfachen Ordnungsvorschriften die Reihenfolge bildeten. Dies hätte über die bloße Gliederungshilfe hinaus keinen sachlichen Aussagewert.

6) Vgl. Fußn. 3.

7) Rpfleger 1960, 410; NJW 1965, 1339.

8) KG NJW 1960, 635.

9) OLG Celle MDR 1972, 958 (Nr. 65).

Andererseits ergeben gerade die von der Rechtsprechung als "wesentlich" anerkannten und danach zur weiteren Beschwerde berechtigenden Verfahrensfehler das Tatsachenmaterial für die bereits in der Kritik an Bettermann aufgeworfene¹⁰ Frage, inwieweit die Ablehnung der Verfahrensweitbeschwerde einen "Ausweichdruck" auf das BVerfG bedingen würde, weil dann nur noch die Verfassungsbeschwerde als Korrektiv der gravierenden Prozeßverstöße zur Verfügung stände. Es ist also schon in diesem Zusammenhang feststellbar, inwieweit die zweitbeschwerdefähigen Verfahrensfehler zugleich auch Grundrechtsverstöße darstellen, die zur Verfassungsbeschwerde berechtigen würden. Dies wird möglich, wenn die "wesentlichen" Verfahrensfehler nach verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten systematisiert werden.

I. Hierbei bietet sich zunächst eine Zusammenstellung der Verfahrensverstöße an, die möglicherweise wegen Versagung des rechtlichen Gehörs gemäß Art 103 Abs. 1 GG mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar wären, wenn die Verfahrensweitbeschwerde nicht zugelassen würde.

1. Aus dem vielfältigen Entscheidungsmaterial der Rechtsprechung lassen sich mehrere Fallgruppen bilden.

a) Im Beschwerdeverfahren wurde keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

aa) Das sind beispielsweise die Fälle, bei denen der Betroffene sich entweder nicht auf veränderte Umstände in der Behandlung des Beschwerdegegenstandes äußern konnte¹¹ oder überhaupt keine Ausführungen machen durfte¹².

bb) Die Möglichkeit, sich zu äußern, kann dem Beschwerdeführer auch dadurch abgeschnitten worden sein, daß er seine angekündigte Beschwerdebegründung nicht mehr nachreichen konnte.

In Beschlüssen des OLG München¹³ und des OLG Karlsruhe¹⁴ ergab sich diese Situation, weil die Vorinstanzen eine im Einzelfall angemessene Frist nicht abgewartet und schon vorher entschieden hatten, während in einem anderen Fall des OLG Hamm¹⁵ das Beschwerdegericht nicht einmal die selbst gesetzte Frist einzuhalten bereit war.

10) S. oben § 1 C I (S. 10 d. A.).

11) OLG Hamm JMBI NRW 1963, 32.

12) OLG Düsseldorf Rpfleger 1964, 277; OLG Stuttgart ZJP 69, 305; OLG Köln NJW 1979, 1834.

13) MDR 1959, 308.

14) Justiz (ABI Ba-Wü) 1978, 32.

15) JMBI NRW 1963, 260.

Voraussetzung ist aber, daß der Beschwerdeführer der Kammer angezeigt hat, er werde eine Begründung nachreichen. Unterbleibt eine solche Anzeige und wird kein Antrag auf Gewährung einer angemessenen Frist gestellt, so ist das Gericht nicht verpflichtet, von sich aus eine Frist einzuräumen, sondern kann sofort entscheiden.

Entsprechend hat das RG eine weitere Beschwerde, die hierin einen Verfahrensfehler sehen wollte, als unzulässig verworfen¹⁶.

cc) Selbst dann, wenn nicht dem Anfechtenden selbst, sondern dessen Gegner die Gelegenheit versagt worden ist, seinen Standpunkt zu erläutern, wird dem Rechtsmittelführer die Zweitbeschwerde eröffnet, soweit die Anhörung ausdrücklich vorgeschrieben ist oder dieser sie zulässigerweise beantragt hat.

In diesen Zusammenhang gehören zwei Beschlüsse des OLG Celle:

In dem einen hatte das Beschwerdegericht die zwingend nach § 30 Abs. 6 des damals noch gültigen WohnBewG vorgeschriebene Anhörung des Beschwerdegegensers mißachtet¹⁷, während in dem anderen ein Antrag des Gläubigers auf Anhörung des Schuldners vor einer Entscheidung nach § 850 f Abs. 2 — also entgegen § 834 — gestellt, vom Landgericht aber zurückgewiesen worden war¹⁸.

b) Der mangelnden Gelegenheit zur Äußerung entspricht es im Ergebnis, wenn der Beschwerdeführer zwar Anträge und neue Tatsachen in das Beschwerdeverfahren einbringen konnte, dies aber letztlich in der Entscheidung keine Berücksichtigung gefunden hat, weil es bewußt übergangen, vergessen oder mißverstanden worden ist.

aa) Dabei ist die Berücksichtigungspflicht von der Rechtsprechung zeitlich und inhaltlich genau definiert.

In zeitlicher Hinsicht wird die Pflicht zur Berücksichtigung von Beschwerdevorbringen nach einem kürzlich hierzu ergangenen Beschluß des OLG Köln¹⁹ durch entsprechende Anwendung des § 283 S. 2 im Beschwerdeverfahren begrenzt. Diese Vorschrift stelle es in das Ermessen des Richters, ob er einen verspätet eingegangenen Schriftsatz verwerten wolle oder nicht. Folglich lehnte das OLG Köln einen zweitbeschwerdefähigen Verfahrensverstoß ab, weil der Beschwerderichter einen nach Ablauf einer angemessenen Äußerungsfrist eingegangenen Schriftsatz ohne Verstoß gegen das Willkürverbot ignoriert hatte.

16) JW 1903, 125 (Nr. 11).

17) OLG Celle NJW 1953, 1397.

18) OLG Celle MDR 1972, 958 (Nr. 65); (vgl. schon oben A II a. E.; S. 14 d. A.).

19) JMBI NRW 1981, 101.

Andererseits besteht Einhelligkeit darüber, daß die Pflicht zur Beachtung von Parteivorbringen nicht mit dem Zeitpunkt der Abfassung der Beschwerdeentscheidung endet. In verschiedenen Beschlüssen wird der Grundsatz ausgesprochen, daß auch noch solche Schriftsätze erkennbar verwertet werden müssen, die nach dem Datum der Entscheidung, aber vor ihrer Hinausgabe zur Zustellung an die Beteiligten bei Gericht eingegangen sind²⁰. Dabei ist es nach OLG Hamm²¹ gleichgültig, wer die fehlerhafte Behandlung im Geschäftsverkehr mit der Folge der Nichtverwertung verursacht hat, denn auch die unterlassene Weiterleitung durch die Geschäftsstelle wird einem Verfahrensfehler der Richter gleichgestellt.

Inhaltlich sind von der Berücksichtigungspflicht zunächst rechtliche Bewertungen ausgenommen.

Zweitbeschwerden, die darauf gestützt wurden, das Gericht habe sich nicht mit der vom Rechtsmittelführer vorgebrachten, vermeintlich richtigen Rechtsansicht befaßt, wurden daher von den Oberlandesgerichten München²² und Hamm²³ zurückgewiesen.

Ferner bezieht sich die Pflicht zur Berücksichtigung nur auf solches Vorbringen und solche Anträge, die für die Entscheidung erheblich waren.

bb) Was dabei unter "erheblichem Vorbringen" verstanden wird, machen die Fälle deutlich, in denen das Beschwerdegericht ein aus seiner Sicht unerhebliches Vorbringen bewußt übergegangen hat.

Die herrschende obergerichtliche Judikatur beurteilt hier die Frage der Erheblichkeit von Parteivorbringen aus eigener Rechtsauffassung. Weicht diese von der Vorinstanz ab und füllt der übergangene Sachvortrag die in Rede stehende Rechtsansicht aus, so wird ein Verfahrensfehler in Form der Versagung rechtlichen Gehörs bejaht.

So sahen das RG²⁴ in der unterlassenen Prüfung eines Tatsachenvorbringens, das KG²⁵ in der Übergehung eines Hilfsantrages und das OLG Hamm²⁶ in der Nichtbeachtung eines Vollstreckungsschutzantrages einen schweren Verfahrensfehler des Beschwerdegerichts und ließen die weitere Beschwerde zu (die in allen Fällen begründet war).

20) KG Beschluß v. 13.6.1917 (zit. in OLGE 39, 65, Fußn. 1); OLG Hamm Rpfleger 1960, 410 (m. Verweis auf zwei unveröffentl. Beschl. desselben Senats v. 18.2.1952 – 15 W 35/53 und v. 9.1.1958 – 15 W 458/57); OLG Düsseldorf JMBI NRW 1970, 220.

21) AaO.

22) JW 1928, 1159 (Nr. 26).

23) Jur. Büro 1970, 696.

24) RGZ 17, 371.

25) JW 1936, 1310 (Nr. 42).

26) NJW 1965, 1339; (vgl. schon oben A II, S. 14 d. A.).

Gehen andererseits die Rechtsansichten der Erst- und Zweitbeschwerdeinstanz konform, so ist der übergangene Parteivortrag insgesamt unerheblich. Demzufolge fehlt es bereits an einem Verfahrensfehler.

In einem solchen Fall lehnte das RG²⁷ die weitere Beschwerde schon als unzulässig ab.

Eine Abweichung von dieser Judikatur zur Feststellung erheblichen Parteivorbringens findet sich nur in einem Beschluß des OLG Düsseldorf²⁸.

In dem zugrundeliegenden Fall hatte das Amtsgericht einen Antrag auf Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit für unbegründet erklärt. Die dagegen eingelegte Beschwerde hatte das Landgericht mit der Begründung zurückgewiesen, das Ablehnungsgesuch sei verspätet angebracht worden und daher unzulässig. Bei dieser Entscheidung war ein Schriftsatz der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt worden, in dem neue Ablehnungsgründe gegen den Sachverständigen enthalten waren. Das OLG Düsseldorf verwarf die weitere Beschwerde, die darin einen Verfahrensfehler sehen wollte, als unzulässig, weil es für die Feststellung des "wesentlichen Vorbringens" auf die Rechtsauffassung des Landgerichts abstellte, von dessen Standpunkt aus neue Ablehnungsgründe nicht die Verspätung des Ablehnungsantrages ausräumten.

Folgt man dieser Ansicht, so kommt — abweichend von der herrschenden Rechtsprechung — ein verfahrenswidriges Übergehen vom Vorbringen schlechthin nicht in Betracht, wenn das Beschwerdegericht bewußt aus bestimmten rechtlichen Erwägungen von einer Berücksichtigung abgesehen hat.

cc) Die weitaus meisten Verfahrensanfechtungen bilden demgegenüber die Fälle, in denen die zweite Instanz unbewußt auch nach ihrer Auffassung erhebliche Tatsachen und Anträge nicht beachtet hat, so daß deswegen keine Berücksichtigung in der Entscheidung erfolgt ist. Beispielhaft²⁹ seien zwei Fälle herausgegriffen:

Das OLG Posen³⁰ ließ eine weitere Beschwerde zu, weil das LG zwar antragsgemäß einen Zuschlagsbeschluß aufgehoben hatte, eine Entscheidung über den gleichfalls gestellten Antrag des Beschwerdeführers (Gläubigers) jedoch unterblieben war, wonach das Grundstück von neuem versteigert und die vorhergehenden Ansprüche dem geringsten Gebot zugrunde gelegt werden sollten.

In einem Fall des OLG Frankfurt³¹ hatte der Beschwerdeführer, um den Aufbewahrungsort eines in einer Vermögensoffenbarung genannten Postsparbuches zu erfahren, den Antrag gestellt, die Schuldnerin im Wege der eidesstattlich versicherten Ergänzung der früheren Offenbarungsversicherung (§ 807) zu entsprechenden Angaben zu zwingen. Statt dessen hat das Beschwerdegericht geprüft, ob die Voraussetzungen für eine erneute Vermögensoffenbarung nach § 903 oder für eine Vermögensoffenbarung gemäß § 883 gegeben seien.

27) JW 1895, 62 (Nr. 8)

28) JMBI NRW 1970, 220.

29) Weitere Fälle: RG JW 1895, 27 (Nr. 11); dass. JW 1899, 700; RGZ 18, 425; 60, 406; WarnR 2, 554 (Nr. 562); OLG Rostock OLGE 35, 99; OLG Karlsruhe JW 1928, 741 (Nr. 19); OLG München HRR 1936 Nr. 1075; OLG Celle NJW 1953, 588; dass. NJW 1953, 1397; dass. KTS 1957, 31; OLG Bamberg JMBI Bay. 1955, 130; OLG Karlsruhe Justiz (ABl. Ba-Wü) 1976, 471; OLG Koblenz MDR 1979, 765; OLG Frankfurt MDR 1981, 411.

30) OLGE 30, 112.

31) Rpfleger 1975, 442.

dd) Mangelnden Einfluß auf die Entscheidung hat ein Vorbringen schließlich auch dann, wenn es vom Beschwerdegericht mißverstanden wurde. Dann nämlich wird durch eine falsche Interpretation eine Tatsachenbehauptung zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, die in Wahrheit nicht oder nicht mit dem Inhalt vom Beschwerdeführer stammt. Die tatsächlich vorgetragenen Tatsachen bleiben dagegen unberücksichtigt.

Besonders plastisch wird dies an einem Beschluß des OLG Hamm^{32 33}: Der Vollstreckungsschuldner beschwerte sich dagegen, daß der ihm infolge des festgesetzten Pfändungsbeitrages verbliebene Rest des Monatseinkommens zu knapp bemessen sei. Die von seiner Arbeitgeberin gezahlten Tage- und Abwesenheitsgelder seien so gering, daß er ohne Inanspruchnahme des eigenen Gehalts seine auswärtigen Tätigkeiten nicht mehr ermöglichen könne. Er benötige daher zusätzlich außer den ihm zustehenden Monats-, Tage- und Abwesenheitsgeldern noch monatlich einen Festbetrag von mindestens 337,- DM. Das LG hat dieses Vorbringen dahin mißverstanden, daß der Schuldner einen Gesamtbetrag von mindestens 337,- DM brauche. Danach hat es den Pfändungsfreibetrag von 160,- DM monatlich und die dem Beschwerdeführer verbleibenden Wohnungs-, Tagesgelder und Spesen zusammengerechnet. Da diese Summe mehr als 337,- DM betrug, glaubte das Gericht, dem Beschwerdeführer bleibe bereits mehr, als er selber berechnet habe. Entsprechend wurde die Beschwerde abgewiesen. Die weitere Beschwerde war wegen des Mißverständnisses als neuem selbständigen Beschwerdegrund zulässig und begründet.

c) Die Möglichkeit, sich zur späteren Entscheidungsgrundlage zu äußern, setzt die Information über den Prozeßstoff voraus. Mit der Pflicht zur Berücksichtigung von Parteivorbringen geht also auch eine begrenzte Informationspflicht³⁴ des Gerichts einher.

Als mit der Verfassungszweitbeschwerde anfechtbare Verstöße sah es OLG Hamm³⁵ an, daß entgegen § 159 die Protokollierung einer Beweisaufnahme unterlassen und der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit gemäß § 357 verletzt worden war. Das KG³⁶ ließ eine weitere Beschwerde zu, weil das Ergebnis einer Beweisaufnahme nicht mitgeteilt worden war.

d) In diesen Zusammenhang gehört schließlich das Verbot der sog. Überraschungsentscheidung, das früher aus § 139 hergeleitet wurde und seit 1977 ausdrücklich in § 278 Abs. 3 normiert ist.³⁷ Will das Gericht nämlich seine Entscheidung auf Gesichtspunkte stützen,

32) JMBI NRW 1958, 7

33) Weitere Fälle: RG JW 1893, 284 (Nr. 10); JW 1894, 181 (Nr. 9); JW 1898, 355 (Nr. 23); JW 1900 50 (Nr. 12); Seuff Arch 58, Nr. 197; OLG Celle KTS 1957, 31; OLG Nürnberg Rpfleger 1966, 149; wohl auch OLG Köln NJW 1980, 1531.

34) Vgl. die Nachweise bei Dürig in Maunz-Dürig Art 103 Rdn 64 Fußn. 5.

35) JMBI NRW 1955, 222.

36) JW 1931, 3565 (Nr. 4).

37) Zu dieser Vorschrift als Konkretisierung des § 139 vgl. Bischof NJW 1977, 1900.

die im Verfahren noch nicht angesprochen sind und unterläßt es einen Hinweis darauf, so ist dem Rechtsmittelführer jede Handhabe genommen, sich zu den als entscheidungserheblich angesehenen Punkt zu äußern.

Hierzu sind zwei Entscheidungen des OLG Köln ergangen³⁸. Der ersteren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Gläubigerin hatte Antrag zur Anberaumung eines Termins zwecks Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung gestellt. Der Rechtspfleger lehnte dies ab. Da der Amtsrichter der hiergegen eingelegten befristeten Rechtspflegereinnerung nicht abhelfen wollte, legte er die Sache dem LG vor. Dieses wies die als Beschwerde zu behandelnde Durchgriffserinnerung ab. Aus dem Beschluß ergab sich – ohne daß davon im Verfahren die Rede gewesen war –, daß der Gläubigerin weitere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zugemutet wurden. Das OLG Köln sah die dagegen gerichtete weitere Beschwerde als zulässig und begründet an.

Andererseits genügt nach einem Beschluß des OLG Hamm³⁹ ein Verstoß gegen § 139 dann nicht, wenn das Gericht den Beschwerdeführer nur nicht zur Beibringung weiterer Unterlagen und Beweismittel als Ergänzung seines Sachvortrages angehalten und dann aus dem Fehlen solcher Ergänzungen prozessuale Folgerungen gegen ihn gezogen hat. Als Verfahrensverstoß kommt danach nicht schon jede prozessuale Unregelmäßigkeit in Betracht, sondern nur eine solche, die der Entscheidung entweder ganz oder zumindest in einem wesentlichen Teil die Sachgrundlage entzieht⁴⁰.

2. Fraglich ist, inwieweit die genannten Verfahrensrechtsverletzungen Verstöße gegen Art 103 Abs. 1 GG darstellen, die – gäbe es die Verfahrensweitbeschwerde nicht – zur Verfassungsbeschwerde berechtigen würden.

a) Die Garantie des rechtlichen Gehörs gebietet, den an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich zu dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt vor Erlaß der Entscheidung zu äußern. Eine Beeinträchtigung dieses Anspruchs zur Stellungnahme ist eine Versagung des rechtlichen Gehörs⁴¹.

aa) Daraus folgt, daß die fehlende Möglichkeit zur Stellungnahme auf veränderte tatsächliche Umstände sowie die Beschneidung der Äußerungsmöglichkeit schlechthin von dem

38) Rpfleger 1975, 441 = Jur. Büro 1976, 252; dass. NJW 1980, 1531.

39) MDR 1956, 620.

40) Zur Kontroverse über den Umfang der richterlichen Aufklärungspflicht im übrigen **Schneider** MDR 1977, 969; **Prütting** NJW 1980, 364.

41) St. Rspr.: BVerfGE 1, 418 (429); 7, 53 (57); 8, 253 (256); 23, 288 (320); 24, 119 (155); 34, 1 (7); 36, 92 (97); 58, 208 (222).

Betroffenen als Verstoß gegen Art 103 Abs. 1 GG mit der Verfassungsbeschwerde angefochten werden können⁴².

bb) Wenn sich der Beschwerdeführer ausdrücklich die Begründung seiner Beschwerde vorbehalten hat, so muß das Gericht nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG mit einer der Beschwerde nicht stattgegebenen Entscheidung angemessene Zeit warten, sofern es für die Begründung keine Frist gesetzt hat⁴³. Hat das Gericht einer Partei eine Äußerungsfrist eingeräumt, so darf es vor Ablauf dieser Frist nicht entscheiden. Die Partei kann darauf vertrauen, daß eine von dem Gericht selbst eröffnete Möglichkeit, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gehört zu werden, nicht verkürzt wird⁴⁴. Damit sind auch die Beschränkungen des Äußerungsrechts, die auf einer unangemessenen oder nicht eingehaltenen Frist beruhen, mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar.

cc) Bedenken bestehen jedoch in dem Fall, bei dem nicht dem Anfechtungsführer, sondern dessen Gegner die Möglichkeit zur Stellungnahme versagt worden ist. Gäbe es die Verfahrenszweitbeschwerde nicht, so käme eine Verfassungsbeschwerde gemäß Art 93 Abs. 1 Nr. 4 lit a GG nur in Frage, wenn der Rechtsmittelführer geltend machte, in "seinen" Rechten verletzt zu sein. Da es hier aber nicht um das Äußerungsrecht des Beschwerdeführers ginge, sondern um das einer anderen Person, wäre eine Verfassungsbeschwerde mangels Antragsberechtigung unzulässig⁴⁵.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör bedeutet ferner, daß die mit der jeweiligen Entscheidung befaßten Richter die Ausführungen der Prozeßbeteiligten zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen müssen⁴⁶. Ein Verstoß gegen diese Berücksichtigungspflicht verletzt damit auch Art 103 Abs. 1 GG.

42) Vgl. Zu diesen Fällen Leibholz-Rinck Art 103 Rdn 5 mwN.

43) BVerfGE 17, 191 (193) (in dem zugrundeliegenden Fall ging es um ein wehrrechtliches Beschwerdeverfahren).

44) BVerfGE 12, 110 (113); 18, 380 (384).

45) Vgl. Maunz in Maunz-Dürig Art 93 Rdn 67.

46) BVerfGE 18, 380 (383); 21, 102 (103); 22, 267 (273); 36, 92 (97); 298 (301); 49, 212 (215); 54, 86 (91); BVerfG NJW 1982, 1453, 1636 (hier einschränkend für § 137 Abs. 3).

aa) Fraglich ist dabei, ob die Berücksichtigungspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Weise verfassungsrechtlich ähnlich begrenzt ist, wie dies unter dem Blickwinkel eines wesentlichen Verfahrensverstößes im Rahmen der weiteren Beschwerde der Fall ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG verwehrt es Art 103 Abs. 1 GG nicht, den Vortrag eines Verfahrensbeteiligten aus Gründen des formellen Rechts, zB wegen verspäteten Vorbringens, außer Betracht zu lassen⁴⁷. Umgekehrt bedeutet dies jedoch auch, daß die Nichtbeachtung verfahrensrechtlich noch rechtzeitiger Schriftsätze – mag die Entscheidung als solche bereits gefällt sein – eine verfassungswidrige Versagung rechtlichen Gehörs darstellt⁴⁸.

Umstritten ist, inwieweit Art 103 Abs. 1 GG auch die Berücksichtigung von Rechtsansichten der Verfahrensbeteiligten umfaßt⁴⁹. Selbst wenn man dies mit der hM bejahen sollte, wird sich eine Verfassungsbeschwerde jedoch kaum erfolgreich damit begründen lassen, das Gericht habe sich mit einer Rechtsansicht nicht genügend auseinandergesetzt und sei deshalb zu einer falschen Entscheidung gelangt. Dies folgt einerseits aus dem Umstand, daß allein eine fehlerhafte Anwendung des einfachen Rechts seitens der Instanzgerichte durch das BVerfG nicht überprüft wird (solange die Auslegung nicht ihrerseits auf einem Grundrechtsverstoß beruht)⁵⁰. Andererseits wird die Nichtberücksichtigung einer Rechtsansicht im Einzelfall kaum feststellbar sein, da das Gericht nicht verpflichtet ist, sich mit jedem Vorbringen in der Begründung seiner Entscheidung ausdrücklich zu befassen⁵¹.

Insoweit ist die Berücksichtigungspflicht für die Annahme einer Verfassungsverletzung genauso begrenzt wie für die Bejahung eines "wesentlichen Verfahrensfehlers" iSd weiteren Beschwerde.

47) BVerfG NJW 1980, 1737; 1982, 1636 (1637).

48) Vgl. Leibholz-Rinck Art 103 Rdn 6.

49) S. dazu die Nachweise bei Dürig in Maunz-Dürig Art 103 Rdn 33 ff.

50) Vgl. zB BVerfGE 3, 213 (219); 7, 53 (56); 23, 127 (133); 39, 258 (267); 49, 168 (185).

51) Leibholz-Rinck Art 103 Rdn 7.

bb) Zweifelhaft ist jedoch, ob eine Versagung rechtlichen Gehörs auch immer dann vorliegt, wenn die Beschwerdeinstanz aus ihrer Sicht unerhebliche Sachenvorträge oder Beweisangebote bewußt übergangen hat.

Das BVerfG stellt für die Prüfung eines Verstoßes gegen Art 103 Abs. 1 GG allein auf die Rechtsansichten des Gerichts ab, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat⁵². Ist danach ein Vorbringen unerheblich, so wird eine Versagung rechtlichen Gehörs verneint, weil Art 103 Abs. 1 GG keinen Schutz gegen Entscheidungen gewähre, die den Sachvortrag aus einer bestimmten (nicht verfassungswidrigen) Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzes unberücksichtigt lassen⁵³. Die Erheblichkeit nach eigener Rechtsauffassung zu beurteilen, ist dem BVerfG deshalb versagt, weil es sonst über Art 103 Abs. 1 GG wie ein Revisionsgericht die Richtigkeit der Instanzentscheidungen überprüfen würde, was gerade nicht seine Aufgabe ist⁵⁴.

Damit ist die Möglichkeit zur Anfechtung der bewußten Übergehung von Beschwerdevorbringen mit der Verfassungsbeschwerde geringer als nach der herrschenden Rechtsprechung der Obergerichte zur Verfahrenszweitbeschwerde, die auf die eigene Rechtsansicht abstellen. Eine parallele Behandlung ergibt sich nur, wenn man die Auffassung des OLG Düsseldorf zur Bestimmung der Entscheidungserheblichkeit nach der Rechtsansicht des Beschwerdegerichts zugrundelegt.

cc) Bei den weitaus meisten Fällen der unbewußten Nichtbeachtung entscheidungserheblichen Vorbringens bestehen keine Abweichungen. Hierin liegen Verletzungen des Art 103 Abs. 1 GG, die ohne die Möglichkeit einer weiteren Beschwerde mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar wären⁵⁵.

52) Vgl. BVerfGE 21, 191 (195); 30, 173 (187); 47, 182 (189); BVerfG NJW 1979, 414.

53) St. Rspr, vgl. zuletzt BVerfG NJW 1982, 1636 (1637).

54) S. oben FN 50.

55) Vgl. zum Übersehen von Schriftsätzen BVerfGE 11, 203 (220); 46, 185 (187), 315 (319).

dd) Auch wenn das Parteivorbringen mißverstanden worden ist – mit der Folge, daß das Gericht anstelle der von einer Partei vorgetragenen Tatsachen andere zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hat –, liegt eine mit der Verfassungsbeschwerde angreifbare Versagung rechtlichen Gehörs vor. In diesen Fällen ergibt sich nämlich regelmäßig aus der Entscheidungsbegründung, daß die in Wirklichkeit vorgetragenen Tatsachen ersichtlich nicht zur Kenntnis genommen und bei der Entscheidung nicht in Erwägung gezogen worden sind⁵⁶.

c) Soweit die Gerichte zur Information über neue Tatsachen und über Beweisergebnisse verpflichtet sind, weil den Beteiligten eine eigene Unterrichtung nicht zugemutet wird, stellt die Verletzung dieser Informationspflicht zugleich einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör dar⁵⁷. Die Beschlüsse, die unter Verletzung der §§ 159, 357 bzw ohne Mitteilung des Ergebnisses einer Beweisaufnahme ergangen sind, wären damit ohne die Verfahrenszweitbeschwerde mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar gewesen.

d) Auch das Verbot der Überraschungsentscheidung gemäß § 278 Abs. 3 dient der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs⁵⁸. Soweit keine anderweitigen Rechtsbehelfe bestehen, kann eine solche Entscheidung ebenfalls mit der Verletzung des Art 103 Abs. 1 GG im Wege der Verfassungsbeschwerde gerügt werden.

II. Bei einer weiteren Gruppe von Verfahrensfehlern kommt eine Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen die Garantie des gesetzlichen Richters, Art 101 Abs. 1 S. 2 GG in Betracht, wenn hierfür nicht die Verfahrenszweitbeschwerde zugelassen würde.

1. Auch hier lassen sich zunächst aus den Entscheidungen der Zweitbeschwerdegerichte mehrere Fallgruppen bilden.

56) Allein dieser äußere Gesichtspunkt – nicht auch die Ursache der Nichtberücksichtigung – ist für das BVerfG maßgeblich. Vgl. BVerfGE 22, 267 (274); 27, 248 (252); 28, 378 (385); 51, 126 (129).

57) BVerfGE 5, 22 (24); 7, 95 (98 f); 7, 275 (280); 8, 208 (209); 9, 120.

58) Vgl. Rüping in Bonner Kommentar Art 103 Rdn 47.

a) Ein Verstoß gegen Vorschriften der sachlichen, örtlichen und funktionellen Zuständigkeit berechtigt als wesentliche Verfahrensverletzung immer zur weiteren Beschwerde.

Welche Fälle mit dem Irrtum über die sachliche bzw. örtliche Zuständigkeit gemeint sind, bedarf keiner näheren Darlegung⁵⁹.

Hervorzuheben sind aber die Verstöße gegen die funktionelle Aufgabenzuweisung, weil hier mehrere Entscheidungen zu gleichgelagerten Sachverhalten ergangen sind⁶⁰: Der nach § 20 Nr. 17 RpflegerG dafür zuständige Rechtspfleger hatte eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme getroffen, wogegen der Schuldner Erinnerung eingelegt hat. Nach Nichtabhilfe durch den Rechtspfleger hätte zunächst der Vollstreckungsrichter des Amtsgerichts entscheiden müssen (§ 20 Nr. 17 Abs. 2 lit a RpflegerG). Ob dagegen ein Beschwerdeverfahren in Gang gekommen wäre, hätte ausschließlich in der Entscheidungsmacht des bisherigen Rechtsmittelführers gelegen.

Der Vollstreckungsrichter hat aber die Erinnerung fälschlich als Durchgriffserinnerung behandelt und diese ohne eigene Entscheidung dem Landgericht nach § 11 Abs. 2 S. 4 RpflegerG vorgelegt. Da nach § 11 Abs. 2 S. 5 RpflegerG die Erinnerung nun als Beschwerde gegen die Entscheidung des Rechtspflegers galt, war dem betroffenen Schuldner zum einen der nach § 766 eröffnete Rechtsmittelzug um die Amtsgerichtsstanz verkürzt worden, und er war andererseits mit den Beschwerdekosten belastet⁶¹.

b) Dem Fall, daß das nach allgemeinen Vorschriften unzuständige Gericht entscheidet, ähnelt es, wenn der im Einzelfall zur Entscheidung berufene Spruchkörper falsch besetzt ist.

Nach OLG Hamm⁶² bildet daher jede fehlerhafte Besetzung der Beschwerdekammer einen Grund zur Zweitbeschwerde.

59) Vgl. dazu RGZ 42, 352 (355); KG OLGE 20, 374; OLG Naumburg OLGE 25, 279.

60) OLG Köln Rpfleger 1972, 65; OLG Koblenz Rpfleger 1972, 220.

61) Auch die umgekehrte Möglichkeit ist denkbar, wenn nämlich der Richter die Erinnerung gegen die Entschließung des Rechtspflegers zurückgewiesen, also selbst entschieden hat, obwohl eine Durchgriffserinnerung gegeben war, die bei der Nichtabhilfe dem Rechtsmittelgericht hätte vorgelegt werden müssen. Dieser Fall gehört aber nicht in die Kasuistik der Verfahrensweitbeschwerde: Zwar liegt darin, daß der Richter eine Entscheidung trifft, für die er funktionell nicht zuständig ist, ein schwerwiegender Verfahrensfehler, weil er die Parteien nötigt, erst ein Rechtsmittel einzulegen, um die Entscheidung des Gerichts zu erlangen, das an sich nach dem Gesetz schon vorher dazu berufen war (KG Rpfleger 1974, 25; SchlH A 1976, 16; OLG Frankfurt VersR 1978, 261). Hier geht es aber immer um die Zulässigkeit der Erstbeschwerde, denn der Richter hat noch gar nicht als Beschwerdeinstanz entschieden; zu einer Verfahrensweitbeschwerde kommt es also nicht, z.T. ist diese auch ausgeschlossen wie in den zitierten Fällen nach § 568 Abs. 3 (Baumbach-Hartmann § 104 Anm. 5 a.E.). Insoweit falsch: Zöller-Schneider § 568 Anm. II 4 b a.E.

62) Jur. Büro 1966, 1069.

Besonderheiten gelten jedoch für Geschäftsverteilungspläne, denen die Funktion zukommt, den individuell festgelegten Richter einem Spruchkörper zuzuteilen⁶³. Gemäß einem älteren Beschluß des OLG Breslau⁶⁴ ermöglicht die Entscheidung durch einen bloß dem Geschäftsverteilungsplan nach unzuständigen Richter keine weitere Beschwerde, weil ein solcher Plan keine Außenwirkung zeitige.

Da heute anerkannt ist, daß eine fehlerhafte Geschäftsverteilung durch eine Partei gerügt werden kann⁶⁵, eine Außenwirkung also sehr wohl besteht, ist diese Auffassung nicht mehr haltbar. Fraglich erscheint jedoch, ob damit auch gleich jede irrtümliche Auslegung eines Geschäftsverteilungsplans einen wesentlichen Verfahrensfehler darstellt und deshalb zur weiteren Beschwerde berechtigt. Rechtsprechung hierzu fehlt, soweit es um § 568 Abs. 2 geht. Im Rahmen einer Besetzungsrüge nach § 41 Abs. 3 Nr. 1 PatG hat sich jedoch vor einiger Zeit der Patentsenat am Bundesgerichtshof zur vorliegenden Frage geäußert⁶⁶.

Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die entsprechende ständige Rechtsprechung des BVerfG⁶⁷ sowie des BGH als Revisionsgericht⁶⁸ geht das Gericht davon aus, daß ein Verstoß gegen oberste Prinzipien des Verfahrensrechts nicht schon bei jeder unrichtigen Auslegung von Geschäftsverteilungsplänen vorliege, sondern nur bei einer willkürlichen, also sachfremden, auf nicht zureichend sachlichen Gründen beruhenden⁶⁹. Da in dem zu entscheidenden Fall nur ein Irrtum über die Geschäftsverteilung zugrunde lag, wurde die Besetzungsrüge als unbegründet zurückgewiesen.

Wenngleich nicht zu verkennen ist, daß die revisionsähnliche Rechtsbeschwerde nach PatG strukturelle Unterschiede zur berufsartigen ZPO-Beschwerde aufweist⁷⁰, kann dieser Beschluß auch für die Verfahrensweitbeschwerde fruchtbar gemacht werden.

Die Frage, wann ein wesentlicher Verfahrensfehler vorliegt, hat mit der jeweiligen Ausgestaltung des hierfür zur Verfügung stehenden Rechtsmittels nichts zu tun.

c) Prozessuale Mängel können weiterhin daraus resultieren, daß eine Person richterliche Funktionen im Beschwerdeverfahren wahrgenommen hat, ohne hierzu überhaupt berechtigt gewesen zu sein.

63) Vgl. Zöller-Gummer § 21 e GVG Anm. III 1.

64) ZZZ 21, 85.

65) Zöller-Gummer § 21 e GVG Anm. III 6 a.

66) NJW 1976, 1688.

67) BVerfGE 3, 364 f; 4, 417; 7, 329; 11, 6; 29, 48.

68) BGH (Ziv. Sen.) NJW 1962, 1397; BGHSt 11, 109 ff.

69) Vgl. zum Willkürbegriff Maunz in Maunz-Dürig Art 101 Rdn. 51 f.

70) Vgl. Hubmann § 29 III 1.

Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Referendar entgegen § 10 GVG ohne Aufsicht eines Richters die Beweisaufnahme durchführt⁷¹. Ebenso, wenn die Durchsetzung der Neutralität des Richters in dem Rechtsstreit gefährdet ist.

Demzufolge haben es das RG⁷² und das KG⁷³ als wesentlichen Verfahrensfehler angesehen, wenn ein wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnter Richter vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs aufschiebbare Amtshandlungen vorgenommen und damit gegen § 47 verstoßen hat.

2. Fraglich ist, inwieweit auch diese Verfahrensverstöße – unterstellt, es gäbe die Verfahrensweitbeschwerde nicht – mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar wären.

a) Art 101 Abs. 1 S. 2 GG kann dadurch verletzt werden, daß ein Gericht seine Zuständigkeit zu Unrecht bejaht oder verneint und dadurch eine Verschiebung der gesetzlichen Zuständigkeit im Einzelfall zum Nachteil einer Partei bewirkt⁷⁴.

Es genügt jedoch nicht schon jede irrtümliche Verkenntung der sachlichen, örtlichen oder funktionellen Kompetenzordnung durch das Gericht. "Durch einen error in procedendo wird niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen"⁷⁵. Erforderlich ist vielmehr weiter, daß die Entscheidung des Gerichts in bezug auf seine Zuständigkeit durch willkürliche Erwägungen bestimmt worden ist⁷⁶. Von Willkür wird in diesem Zusammenhang nur dann gesprochen, wenn sich die Entscheidung eines Gerichts bei der Auslegung und Anwendung einer Zuständigkeitsnorm so weit von dem sie beherrschenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt hat, daß sie nicht mehr zu rechtfertigen ist. Das bedeutet, daß Art 101 Abs. 1 S. 2 GG auch durch eine gerichtliche Entscheidung verletzt wird, die bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist⁷⁷. Ob eine solche "unhaltbare Entscheidung" vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalles. Die einzigen zur Verletzung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit ergangenen Zweitbeschwerdebeschlüsse entziehen sich dabei einer Überprüfung, weil ein Zuständigkeitsverstoß des Beschwerdegerichts abgelehnt wurde oder das Rechtsmittel aus anderen Gründen erfolglos war⁷⁸.

Den Fällen, in denen die Verfahrensweitbeschwerde wegen Verstoßes gegen die funktionelle Zuständigkeit begründet war, liegt dagegen keine "unhaltbare Entscheidung" zugrunde. Die rechtliche Fehlbeurteilung einer Erinnerung nach § 766 als Rechtspflegererinnerung ist kein so offenkundiger Verstoß, daß die Entscheidung nicht mehr verständlich erscheint. Hier kommt lediglich ein error in procedendo in Frage.

71) Vgl. OLG Hamm JMBI NRW 1964, 31 (wo der Fehler auf der Ebene des AG begangen worden war).

72) JW 1902, 249 (Nr. 2).

73) ZJP 90, 417.

74) BVerfGE 3, 359 (364).

75) BVerfG aaO.

76) BVerfGE 3, 359 (364); 13, 132 (144); 29, 45 (48); 166 (172), 198 (207).

77) BVerfGE 6, 45 (53); 19, 38 (43); 29, 45 (49).

78) Vgl. die Nachweise oben FN 59.

Den mit der weiteren Beschwerde anfechtbaren Verletzungen der geltenden Kompetenzordnung wäre nach alledem bei Fehlen des zivilprozessualen Rechtsbehelfs nur eingeschränkt mit der Verfassungsbeschwerde zu begegnen.

b) Die Verengung der Möglichkeit eines Verstoßes gegen Art 101 Abs. 1 S. 2 GG auf willkürliche Verfahrensfehler setzt sich bei Mängeln in der Besetzung des konkret zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers fort⁷⁹.

Bei Verstößen gegen den Geschäftsverteilungsplan besteht jedoch zwischen Verfahrenszweitbeschwerde und Verfassungsbeschwerde Deckungsgleichheit, wenn man mit der oben zitierten Rechtsprechung⁸⁰ nur den sachfremden, willkürlichen Fehler als wesentlichen Verfahrensmangel anerkennt.

c) Ein bloßer error in procedendo ist begrifflich schon dann ausgeschlossen, wenn an einer Entscheidung eine Person mitwirkt, die nicht Richter ist oder die zumindest im konkreten Fall keine richterlichen Funktionen wahrnehmen darf⁸¹. Solche Personen können Eingriffe in die Rechtspflege, die Art 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzen, nicht nur dadurch vornehmen, daß sie sich richterliche Funktionen anmaßen, sondern auch dadurch, daß sie durch ihre Autorität richterliche Handlungen in ihrem konkreten Inhalt maßgeblich beeinflussen⁸². Da so zustande gekommene Beschlüsse, wenn sie außerhalb eines Erkenntnisverfahrens ergangen sind⁸³, nach herrschender Rechtsprechung auch nicht mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden können⁸⁴, gibt es bei Ablehnung einer Verfahrenszweitbeschwerde nur noch die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde wegen Entziehung des gesetzlichen Richters.

III. Andere Verfahrensfehler könnten bei Nichteröffnung der weiteren Beschwerde eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art 2 Abs. 1 GG, rechtfertigen, und zwar wegen einer rechtsstaatswidrigen, also gegen Art 20 Abs. 3 GG verstoßenden Erstbeschwerdeentscheidung⁸⁵.

79) Vgl. Schmidt-Bleibtreu Art 101 Rdn. 11.

80) S. oben Fußn. 66.

81) Vgl. BVerfGE 4, 412 (416 f); 31, 181 (184).

82) BVerfG aaO.

83) Hier besteht gemäß §§ 583, 579 Abs. 1 Nr. 1 - 3 die Möglichkeit einer Wiederaufnahmeklage gegen das Endurteil.

84) Vgl. RGZ 73, 195 f; 120, 170 (173); KG JR 1958, 146; MDR 1961, 238; OLG Stuttgart NJW 1976, 1324.

85) Zur rechtsstaatswidrigen, staatlichen Maßnahme als grundrechtswidriger Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein Art 2 Rdn. 2.

1. Bei Auswertung der Rechtsprechung fallen hier zwei Verfahrensverstöße ins Auge.

a) Zunächst der Fall, daß das Beschwerdegericht seinen Beschluß überhaupt nicht bzw. völlig unzureichend begründet hat, d.h. nicht einmal seiner als eingeschränkt anerkannten⁸⁶ Begründungspflicht nachgekommen ist.

Rechtsprechung, die eine solche Verletzung beim LG als Beschwerdegericht zum Gegenstand hat, fehlt. Anstelle dessen soll auf einen Beschluß des OLG Celle⁸⁷ hingewiesen werden, bei dem das Landgericht die Rechtsverletzung als Erstinstanz begangen hat. Dabei ging es um einen auf § 769 gestützten Antrag einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung. Die Vollstreckung wurde daraufhin zwar eingestellt, allerdings gegen Zahlung einer Sicherheit in Höhe von 6.000,- DM. Begründung des Landgerichts: "Im Interesse der Beklagten konnte die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung eingestellt werden". OLG Celle entschied auf die dagegen eingelegte Beschwerde nach § 575. Die Formulierung des Leitsatzes rechtfertigt eine Übertragung auf die vorliegende Kasuistik: "Beschlüsse, die einem Rechtsmittel unterliegen, müssen begründet werden. Das Fehlen der Begründung ist ein wesentlicher Verfahrensmangel, der zur Aufhebung des Beschlusses und Zurückweisung der Sache führt."

Es muß andererseits aber klar sein, daß eine Begründung der Beschwerdeentscheidung entgültig ausbleibt. Folgt sie dagegen noch einige Zeit später nach⁸⁸, so ist damit die Kenntnisnahme der den Beschluß tragenden Erwägungen gesichert. Eine weitere Beschwerde, die den Verfahrensfehler darin sehen wollte, daß eine Begründung erst fünf Wochen nach Hinausgabe der Entscheidung erfolgt ist, hat das OLG Braunschweig⁸⁹ verworfen.

b) Als weiterer Mangel ist in diesem Zusammenhang die Mißachtung der materiellen Rechtskraft einer früheren Gerichtsentscheidung zu nennen.

Das RG⁹⁰ hat bei einem Verstoß gegen die Rechtskraft eines vorhergegangenen anderweitigen Beschlusses einen schweren Prozeßfehler angenommen, der zur weiteren Beschwerde berechtigte.

2. Prüft man diese Verfahrensmängel daraufhin, ob sie bei fehlender Möglichkeit einer Verfahrenszweitbeschwerde mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar wären, so ergibt sich folgendes:

86) Vgl. Arndt NJW 1966, 2174 Anm. zu OLG Celle (NJW 1966, 936) Baumbach-Albers § 573 Anm. 3 C; Schneider Anm. zu OLG Celle (NJW 1966, 936) in NJW 1966, 1367; ders. in Zöller § 573 Anm. VI 2; Stein-Jonas-Grunsky § 573 Rdn. 12; Thomas-Putzo § 573 Anm. 4.

87) NJW 1966, 936.

88) In Entsprechung zum Urteilsverfahren sollte hier die 3-Wochen-Frist des § 315 Abs. 2 gelten; anders aber Zöller-Vollkommer § 329 Anm. IV.

89) OLGE 35; 170; allerdings lag auch dieser Fehler auf der Ebene des AG.

90) RGZ 60, 406 (408).

a) Dem in Art 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzip entnimmt das BVerfG in ständiger Rechtsprechung den Anspruch auf ein faires Gerichtsverfahren⁹¹. Zu einem fairen Verfahren gehört es aber, daß das angerufene Gericht dem Rechtsuchenden die tragenden Gründe seiner Entscheidung mitteilt, um ihn in den Stand zu versetzen, seine weiteren prozessualen Möglichkeiten und Rechte danach auszurichten⁹². Eine Verletzung der Begründungspflicht stellt damit einen rechtsstaatswidrigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit dar und ist bei Fehlen anderweitiger Rechtsbehelfe mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar.

b) Aus dem Rechtsstaatsprinzip wird ebenfalls das Prinzip der Rechtssicherheit abgeleitet⁹³. Die Rechtssicherheit gebietet die grundsätzliche Rechtsbeständigkeit rechtskräftiger Entscheidungen und sonstiger in Rechtskraft erwachsener Akte der öffentlichen Gewalt⁹⁴. Ein Gericht verletzt damit das Rechtsstaatsgebot, wenn es ohne sachliche Berechtigung die bestehende Rechtskraft einer vorangegangenen Entscheidung mißachtet. Da der Rechtsweg für einen solchen Beschwerdebeschluß – sofern dieser nicht gemäß §§ 580 Nr. 7 lit a, 583 mit der Restitutionsklage angreifbar ist – bei Verneinung der Verfahrenszweitbeschwerde nach herrschender Rechtsprechung⁹⁵ erschöpft wäre, käme nur noch eine Verfassungsbeschwerde aus Art 2 Abs. 1 iVm 20 Abs. 3 GG zum Zuge.

IV. Gegenüber der Vielzahl von Verfahrensfehlern mit verfassungsrechtlichen Bezügen erscheinen die Prozeßrechtsverletzungen, die als "wesentlich" für eine Verfahrenszweitbeschwerde angesehen worden sind, ohne zugleich als Grundrechtsverletzungen in Betracht zu kommen, gering.

1. Hierzu gehören einzelne Fälle von Verletzungen der Verfahrensgrundsätze.

a) So hat das OLG Hamm⁹⁶ eine weitere Beschwerde zugelassen, weil sich der Beschwerdeführer in der Vorinstanz gegen den der Schuldnerin gewährten Vollstreckungsschutz gewandt, das Gericht aber ohne entsprechenden Antrag der Schuldnerin die Vollstreckungsklausel aufgehoben hatte. In zwei älteren Beschlüssen des RG⁹⁷ bzw. des KG⁹⁸ waren die Erstbeschwerden als Feriensachen behandelt worden, obwohl entsprechende Anträge nach § 200 Abs. 4 GVG nicht gestellt worden waren.

91) BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111); 40, 95 (99); 46, 202 (210).

92) Vgl. Vollkommer S. 213 mwN; Zur Einordnung der Begründungspflicht beim Rechtsstaatsprinzip auch Dürig in Maunz-Dürig Art 103 Rdn. 81 a.E..

93) Vgl. Leibholz-Rinck Art 20 Rdn 26.

94) BVerfGE 2, 380 (403); 13, 261 (271); 15, 313 (319).

95) S. o. Fußn. 84.

96) JMBI NRW 1963, 32; zur Kritik s. oben § 1 B vor I (S. 7 d. A.).

97) JW 1899, 672 (Nr. 1).

98) OLGE 14, 143.

b) Soweit in der konkreten Verfahrensart der Ermittlungsgrundsatz gilt, ist das Gericht nicht, wie sonst beim Verhandlungsgrundsatz, an das von den Parteien vorgetragene Tatsachenmaterial gebunden, sondern muß eine davon unabhängige, vollständige Sachaufklärung betreiben⁹⁹.

In einem bereits an anderer Stelle zitierten Beschluß¹⁰⁰ hat das OLG Hamm¹⁰¹ deshalb einen wesentlichen Fehler des Beschwerdegerichts darin erblickt, daß dieses unterlassen hat, "die zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse erforderlichen Handlungen vorzunehmen", obwohl es dazu nach § 75 KO¹⁰² verpflichtet war.

2. Eine weitere Fallgruppe betrifft die Nichtbeachtung amtswegiger Prüfungs- und Nebenentscheidungspflichten.

a) Gemäß §§ 56 Abs. 1, 88 Abs. 2 ist das Gericht verpflichtet, von Amts wegen die Prozeß- bzw. Prozeßhandlungsvoraussetzungen zu prüfen.

Das KG¹⁰³ hat eine Verfahrenszweitbeschwerde zugelassen, weil in der Beschwerdeinstanz ein Klagetermin anberaumt wurde, obwohl die Prozeßunfähigkeit des Klägers infolge Entmündigung bekannt war.

Ebenso verfuhr das RG¹⁰⁴ in einem Fall, wo die Prozeßführungsbefugnis des Beschwerdeführers wegen Konkurses über sein Vermögen entfallen war.

In einem anderen Beschluß des KG¹⁰⁵ wurde es als wesentlicher Verfahrensfehler angesehen, daß das Beschwerdegericht irrtümlich die Legitimation des Gebrechlichkeitspflegers zur Abgabe einer eidesstattlichen Offenbarungsversicherung als gesetzlicher Vertreter des Schuldners bejaht hat.

OLG Köln¹⁰⁶ schließlich sah darin einen neuen selbständigen Beschwerdegrund, daß das gegen die Zurückweisung eines Konkursantrages angerufene Beschwerdegericht nicht geprüft hatte, ob überhaupt ein nach §§ 72 KO iVm 88 Abs. 2 ZPO erforderlicher Nachweis der Prozeßbevollmächtigung für den Beschwerdeführer vorlag.

b) § 100 Abs. 3 ZVG ordnet die Amtsprüfung für die in § 83 Abs. 6, 7 ZVG genannten Zuschlagsversagungsgründe an. Auch hierin liegt eine Quelle für verschiedene mit der Verfahrenszweitbeschwerde anfechtbare Prozeßverletzungen.

99) Vgl. Zöller-Stephan vor § 128 Anm. A I 3.

100) Oben A I (S. 13 d. A.).

101) MDR 1972, 521 (Nr. 87) = OLGZ 1972, 253.

102) S. oben Fußn. 4 (S. 13 d. A.).

103) OLGE 25, 132.

104) Gruch Beitr. 44, 1169; zur Kritik an dieser Entscheidung s. oben § 1 B vor I (S. 7 d. A.).

105) NJW 1968, 2245 = OLGZ 1968, 428 = Rpfleger 1968, 328.

106) Rpfleger 1976, 101 (Nr. 76); vgl. zur Kritik an dieser Entscheidung oben § B vor I (S. 7 d. A.), unten C I 2 c.

So war in den Beschlüssen der Vorinstanzen bei Entscheidungen von OLG Frankfurt¹⁰⁷ bzw. OLG Saarbrücken¹⁰⁸ nicht festgestellt worden, ob das Zwangsversteigerungsverfahren etwa mangels eines vollstreckbaren Titels oder aus anderen Gründen unzulässig war. Das OLG Celle¹⁰⁹ monierte, daß das Landgericht nicht geprüft hatte, ob die auch nach einer Vertagung gemäß §§ 43 Abs. 1, 39 Abs. 1 ZVG zwischen Bekanntmachung der Terminsbestimmung und Versteigerungszeitpunkt vorgeschriebene 6-Wochen-Frist eingehalten war.

In dem jüngsten Beschluß des OLG Hamm¹¹⁰ war eine Bekanntmachung des Versteigerungstermins sogar gänzlich unterblieben.

Dagegen besteht keine allgemeine Pflicht des Beschwerdegerichts, die zwischenzeitliche Aufhebung des Titels, auf dem die mit der Beschwerde angefochtene Zwangsvollstreckungsmaßnahme beruht, von Amts wegen zu beachten. Eine solche Verpflichtung wird nur für Vollstreckungsorgane angenommen¹¹¹, wozu das Beschwerdegericht als Rechtsmittelinstanz nicht gehört¹¹².

Daraus folgt, daß der Anfechtende selbst dem Beschwerdegericht die zwischenzeitliche Aufhebung des Titels als maßgebliche Tatsache für die Begründetheit der Beschwerde¹¹³ nachweisen muß.

Versäumt der Rechtsmittelführer eine ihm insoweit mögliche Information der Kammer, so liegt nach einem Beschluß des KG¹¹⁴ kein Verfahrensfehler des Beschwerdegerichts vor. Eine entsprechende Verfahrensweitbeschwerde wurde als unzulässig verworfen.

Führt dagegen das Gericht eine Prüfung dieses tatsächlich vorgebrachten Antrages nicht durch, so liegt darin eine Mißachtung von Parteivorbringen und damit ein wesentlicher Verfahrensfehler in der Form der Versagung rechtlichen Gehörs¹¹⁵.

107) HRR 1931, Nr. 1983.

108) OLGZ 1966, 182.

109) MDR 1954, 557.

110) NJW 1979, 170.

111) Dabei ist noch umstritten, ob sich aus § 775, der Parteibetrieb anordnet, nicht doch die Pflicht zur Vorlage an das Vollstreckungsorgan ergibt (so OLG München OLGE 35, 123; *Blomeyer* Vollstr. Verf. § 24 III, S. 78; für die Amtspflicht: BGHZ 25, 66 im Anschluß an OLG Karlsruhe JW 1928, 741 m. zustimmender Anm. *Roquette*).

112) Vgl. *Blomeyer* Vollstr. Verf. Vor § 4 (S. 13); *Zöller-Scherübl* Vor § 704 Anm. IV.

113) S. RGZ 38, 442; 43, 396; OLG Karlsruhe JW 1928, 741 (Nr. 19).

114) JW 1923, 843 (Nr. 10).

115) OLG Karlsruhe JW 1928, 741 (Nr. 19); vgl. oben I 1 b (S. 16 ff d. A.).

c) § 308 Abs. 2 regelt, daß das Gericht auch ohne Antrag, also von Amts wegen¹¹⁶, über die Kosten entscheiden muß. Bei Unterlassung dieser Entscheidung ist die Zulassung einer (weiteren) Beschwerde jedoch umstritten.

Nach einer Auffassung kann dieser Mangel immer durch die Beschwerde behoben werden. So entschied das KG¹¹⁷ in zwei Fällen, bei denen das Beschwerdegericht absichtlich eine Kostenentscheidung unterlassen hatte. Hiernach stehen einer solchen Möglichkeit auch nicht die Beschwerdeausschlüsse der §§ 99 Abs. 1, 567 Abs. 2, 568 Abs. 3 entgegen, weil diese nur die Anfechtbarkeit einer ergangenen Kostenentscheidung regelten, nicht aber den Fall, daß das Gericht eine solche abgelehnt bzw. unterlassen habe¹¹⁸. Diese Meinung hat ihren Ursprung darin, daß man früher eine erweiterte Anwendung des § 321, der dem Wortlaut nach nur für Urteile gilt, auf Beschlüsse ablehnte und so das alleinige Korrektiv für fehlende Kostenentscheidungen in dem Rechtsmittel der Beschwerde sah¹¹⁹.

Heute, wo eine derartige analoge Anwendung des § 321 anerkannt ist¹²⁰, ergibt sich mit dieser Ansicht immer noch die Möglichkeit, eine Kostenentscheidung im Beschwerdewege zu erzwingen, wenn die Vorinstanz bewußt die Festsetzung der Kosten unterlassen hat, also in den den KG-Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten, wo auch eine Ergänzung durch dasselbe Gericht nach § 321 aussichtslos war.

Die Gegenauffassung lehnt eine Beschwerde in solchen Fällen schlechthin ab¹²¹. Hiernach löst auch die unterlassene Kostenentscheidung bestimmte Folgen aus, zumindest die, daß jede Partei ihre außergerichtlichen Verfahrenskosten selbst zu tragen hat. Da es in der Beschwerde gerade um die Überprüfung dieser Kostenfolgen gehe, werde der in den §§ 99 Abs. 1, 567 Abs. 2 568 Abs. 3 niedergelegte Zweck des Anfechtungsausschlusses bei Kostenentscheidungen allein durch eine enge Wortinterpretation umgangen. Eine Korrektur fehlerhafter Entscheidungen sei nur durch eine Beschußergänzung nach § 321 zu gewähren.

Als Konsequenz dieser Auffassung ergibt sich, daß eine (weitere) Beschwerde auch dann unzulässig ist, wenn die in § 321 Abs. 2 aufgestellte Frist für die Beantragung der Ergänzung abgelaufen ist oder wenn das Gericht eine Ergänzung ablehnt.

116) Baumbach-Hartmann § 308 Anm. 2.

117) NJW 1960, 635 = Rpfleger 1960, 60 = MDR 1960, 236 m. Verweis auf OLG Hamburg OLGE 9, 83; dass. NJW 1969, 850.

118) KG aaO; vgl auch OLG Stuttgart ZZP 79, 305.

119) Vgl. RG JW 1897, 542 (Nr. 4); OLG Posen OLGE 30, 112.

120) Vgl. die Nachw. bei LG Essen NJW 1970, 1688.

121) LG Essen NJW 1970, 1688; Baumbach-Hartmann § 308 Anm. 2 a. E.

C. Die Neuheit des Verfahrensfehlers

1. Nach dem Wortlaut des § 568 Abs. 2 ist eine weitere Beschwerde nur eröffnet, sofern die Beschwerdeentscheidung einen "neuen selbständigen Beschwerdegrund" enthält. Die Rechtsprechung, die die Zweitanfechtung wegen Verfahrensfehler in langer Tradition auf diese Vorschrift stützt¹²², zieht daraus die Konsequenz, daß ein prozessualer Verstoß nur dann "neu" ist, wenn er erst auf der Ebene des Beschwerdegerichts begangen worden ist, nicht schon bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wurde. Bestimmt wird also die "Neuheit" des Fehlers ganz formal nach der Instanz, die ihn zuerst begangen hat.

Am deutlichsten formuliert dies das OLG Hamm¹²³, wenn es schreibt: "Neu ist der Beschwerdegrund immer nur dann, wenn er nicht schon der ersten Entscheidung zugrunde gelegen hat. Das gilt auch für die Verletzung von Verfahrensvorschriften. Hat bereits die erste Instanz gegen eine das Verfahren betreffende Rechtsnorm verstoßen, und hat das Beschwerdegericht diesem Fehler, ohne ihn selbst erneut zu begehen, nur nicht abgeholfen, ihn vielmehr unbeachtet gelassen, dann hat er schon der ersten Entscheidung zugrunde gelegen und stellt keinen Beschwerdegrund dar, der die weitere Beschwerde eröffnen könnte."

1. Als folgerichtige Anwendung dieses Grundsatzes werden solche Fälle der Versagung rechtlichen Gehörs oder der Nichtbeachtung anderer Verfahrensregeln des Zivilprozesses mit der Zweitbeschwerde aufhebbar gemacht, die allein und zuerst auf der Ebene des Beschwerdegerichts begangen worden sind¹²⁴.

Konsequent ist umgekehrt auch die Ablehnung der weiteren Beschwerde, wenn sowohl das Erst- als auch das Beschwerdegericht denselben Fehler begangen haben, bzw. der Verstoß nur beim Amtsgericht vorgekommen ist.

Das OLG Naumburg¹²⁵ verwarf die Verfahrenszweitbeschwerde, weil beide Vorinstanzen ihre sachliche Kompetenz zu Unrecht angenommen hatten.

Ebenso entschied das KG¹²⁶, wo es um einen doppelten Irrtum hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit ging.

Mangels "Neuheit" des Verfahrensfehlers wies ebenfalls das KG¹²⁷ einige Jahrzehnte später eine Beschwerde zurück, da Amtsgericht und Landgericht fälschlicherweise die Legitimation des Gebrechlichkeitspflegers zur Abgabe einer eidesstattlichen Offenbarungsver Versicherung als gesetzlicher Vertreter des Schuldners bejaht hatten.

Entsprechend entschied das RG¹²⁸, als von beiden Instanzen die formelle Rechtskraft eines verfahrensrelevanten Aufhebungsbeschlusses unbeachtet gelassen worden war.

122) S. oben § 1 B I (S. 7 d. A.).

123) JMBI NRW 1964, 31; dass. MDR 1970, 516 (Nr. 72).

124) Vgl. die Nachw. aus der Rspr. oben B I – IV.

125) OLGE 25, 279.

126) OLGE 20, 374.

127) NJW 1968, 2245 = OLGZ 1968, 428 = Rpfleger 1968, 328.

128) RGZ 60, 406.

Schließlich sei noch auf zwei Verwerfungsbeschlüsse wieder des KG¹²⁹ und des OLG Hamm¹³⁰ hingewiesen.

In dem ersteren war weder dem Erst- noch dem Zweitrichter aufgefallen, daß die von Amts wegen vorzunehmende Ladung zum Termin einer eidesstattlichen Versicherung fehlerhaft war; in dem letztgenannten lag zwar eine fehlerhafte Beweisaufnahme vor, doch war diese bereits auf Amtsgerichtsebene und nicht beim Beschwerdegericht vorgenommen worden.

2. Bei Überprüfung anderer Entscheidungen fällt jedoch auf, daß die Rechtsprechung in der Frage der "Neuheit" des Fehlers gar nicht so einheitlich ist, wie dies auf den ersten Blick scheint. Trotz äußerlichen Festhaltens an dem formalen Kriterium des zuerst auf der Beschwerdeebene begangenen Verstoßes werden verschiedentlich Zweitanfechtungen zugelassen, die – gemessen an der Rigorosität anderer Beschwerdeverwerfungen – zumindest nicht folgerichtig sind.

a) Dazu gehören die Fälle, in denen das Landgericht auf eine Zuschlagsbeschwerde hin nicht überprüft hat, ob Versagungsgründe für den angefochtenen Zuschlag nach § 83 Nr. 6, 7 ZVG vorgelegen haben¹³¹.

Die Neuheit des Prozeßfehlers wird allein daraus hergeleitet, daß § 100 Abs. 3 ZVG die amtswegige Prüfung der Versagungsgründe vorschreibe und damit eine solche Unterlassung einen eigenständigen – von der Vorinstanz verschiedenen – Verfahrensverstoß zu begründen vermöge.

Tatsächlich geht es auch hier nur um die Korrektur eines Fehlers der ersten Instanz, nämlich der Rechtswidrigkeit einer Zuschlagserteilung. Nach dem formalen Neuheitskriterium liegt strenggenommen gar kein "neuer" erster Fehler des Beschwerdegerichts, sondern schon ein solcher des Vollstreckungsgerichts vor, denn dieses hat bereits die Versagungsgründe nicht beachtet. Dem Fehler hat das Landgericht nur nicht abgeholfen. Um aber nicht an der Klippe des § 568 Abs. 2 zu scheitern, benutzt die Rechtsprechung die gesetzgeberische Anordnung zur amtswegigen Prüfung, um deren Unterlassen zum "neuen" Verfahrensverstoß umzuformulieren.

Dies konsequent zu Ende gedacht würde bedeuten, daß in allen Fällen, in denen das Beschwerdegericht nach allgemeinem Prozeßrecht bestimmte Erfordernisse von Amts wegen zu prüfen hätte, diese Pflicht aber mißachtet, ein zur weiteren Beschwerde berechtigender neuer Verfahrensfehler vorläge. Dieser Schritt wird aber von der Judikatur außerhalb des ZVG nicht vollzogen; vielmehr weisen die Gerichte bei irriger Annahme der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit bzw. bei Nichtbeachtung der Rechtskraft eines entgegen-

129) OLGE 19, 126.

130) JMBI NRW 1964, 31.

131) OLG Frankfurt HRR 1931, Nr. 1983; OLG Saarbrücken OLGZ 1966, 182; OLG Celle MDR 1964, 557; OLG Hamm NJW 1979, 170; vgl. die inhaltlichen Nachw. oben B IV 2 b (S. 31 d. A.).

stehenden Beschlusses¹³², die weitere Beschwerde ab, wenn derselbe Verstoß schon auf der Ebene des Amtsgerichts vorgekommen ist.

Eine solche Differenzierung der Behandlung der Fehler nach § 83 Nr. 6, 7 ZVG hinsichtlich ihrer "Neuheit" ließe sich dann rechtfertigen, wenn die Beschwerde nach ZVG strukturell von der der ZPO verschieden wäre. Abgesehen von ihrem Charakter als Rechtsbeschwerde, § 100 Abs. 1 ZVG, ist das jedoch nicht der Fall, denn nach § 869 ist das ZVG ein Bestandteil der ZPO, so daß auch deren Rechtsbehelfe bei der Zwangsversteigerung maßgeblich sind. Dies gilt nach § 96 ZVG zwar nur, soweit keine Sondervorschriften eingreifen, wozu auch § 100 Abs. 3 ZVG zählt. Die in den einschlägigen Beschwerdeentscheidungen gern zitierte "Besonderheit der Regelung des Zwangsversteigerungsverfahrens"¹³³, also der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes, liefert aber allein keinen Grund dafür, daß mit dieser Vorschrift der Katalog der von Amts wegen zu prüfenden Punkte überhaupt erweitert, also im Verhältnis zum normalen Beschwerdeverfahren nur quantitativ verändert werden mußte. Warum die Fehler des § 83 Nr. 6, 7 ZVG qualitativ anders behandelt werden müssen als alle übrigen einer Amtsprüfung unterworfenen Tatsachen — insofern als nur die Nichtbeachtung der Zuschlagsversagungsgründe einen "neuen" Verfahrensfehler begründen kann —, ist damit nicht erklärt.

b) Auch wenn eine an sich vom Richter zu entscheidende Erinnerung gegen Maßnahmen des Rpflegers irrtümlich als Durchgriffserinnerung nach § 11 Abs. 2 RpflegerG behandelt wurde, läßt man uneingeschränkt eine weitere Beschwerde zu¹³⁴.

Dies, obwohl zunächst der Amtsrichter und dann das fälschlicherweise für funktionell zuständig erachtete Beschwerdegericht denselben Verfahrensfehler begangen haben, indem beide den § 20 Nr. 17 Abs. 2 lit a RpflegerG verkannt haben. Mag in derartig gelagerten Fällen auch ein Bedürfnis für die Zulassung einer weiteren Beschwerde aus Billigkeitsgründen anzuerkennen sein¹³⁵, so bleibt doch festzuhalten, daß kein "neuer" Fehler in dem sonst von der Rechtsprechung propagierten Sinne vorliegt, weil zwei Instanzen demselben Irrtum unterlegen sind. (So schweigen sich alle einschlägigen Entscheidungen auch über diesen Punkt aus.)

c) Den krassesten Fall in dieser Auflistung bildet schließlich ein Beschluß des OLG Köln¹³⁶. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte eine Gläubigerin Konkursantrag gestellt. Dieser Antrag war vom Amtsgericht mangels Rechtsschutzbedürfnisses abgelehnt worden. Die Beschwerde dagegen wurde als unbegründet zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde war erfolgreich und führte zur Zurückweisung der Sache an das Landgericht.

132) Vgl. die Nachw. oben 1 (S. 34 d. A.).

133) OLG Celle MDR 1954, 558.

134) OLG Köln Rpfleger 1972, 65; OLG Koblenz Rpfleger 1972, 220; KG Rpfleger 1973, 32 (Nr. 26); OLG Hamm Rpfleger 1974, 75 (Nr. 72) = MDR 1974, 239.

135) Vgl. die Ausf. oben B-II 1 a (S. 25 d. A.).

136) Rpfleger 1976, 101 (Nr. 76).

Das OLG Köln sah den neuen selbständigen Beschwerdegrund darin, daß der nach § 72 KO iVm § 88 Abs. 2 ZPO erforderliche Nachweis der Prozeßvollmachtigung zur Einlegung der Erstbeschwerde nicht vorgelegen habe und vom Landgericht unter Mißachtung des § 56 als wesentliche Prozeßvorschrift nicht geprüft worden sei. Wäre dieser schwerwiegende Verfahrensfehler vermieden worden, so hätte die Beschwerde statt als unbegründet als unzulässig abgewiesen werden müssen.

Aus der Entscheidung geht ferner hervor, daß der Mangel schon beim Amtsgericht vorgelegen hatte und sogar noch in der letzten Instanz fortbestand. Das OLG Köln verzichtete aber aus zwei Gründen auf einen Hinweis, die fehlende Prozeßvollmacht nachzureichen: Zum einen wäre auf diese Weise rückwirkend der Verfahrensfehler des Landgerichts geheilt worden und damit die Voraussetzung für eine Sachentscheidung des OLG entfallen. Zum anderen würde mit der Beseitigung des Verfahrensfehlers die Entscheidung des LG, "die so nicht hätte ergehen dürfen", rückwirkend in Rechtskraft erwachsen sein.

Man spürt förmlich, daß es dem OLG um die Herbeiführung der materiell richtigen Entscheidung ging, und zwar ohne Rücksicht auf verfahrensrechtliche Hemmnisse.

Nur am Rande sei vermerkt, daß sich das Gericht gar nicht auf die Verfahrenszweitbeschwerde stützen mußte, da eine neue Beschwerde iSv § 568 Abs. 2 schon darin liegt, daß das Beschwerdegericht sachlich entschieden hat, obwohl es als unzulässig hätte verworfen müssen¹³⁷.

In diesem Zusammenhang interessiert nur die Begründung, mit der das OLG die Tatsache aus dem Wege räumte, daß der Verfahrensfehler schon beim Amtsgericht begangen worden war, mithin nach der formalen Definition nicht mehr "neu" genannt werden durfte. Dazu wird gesagt: "Zwar hat auch das Amtsgericht den Mangel der Vollmacht nicht beanstandet. Daraus folgt jedoch nicht, daß dieser Verfahrensfehler in beiden Instanzen vorgelegen hat. Für das Amtsgericht war der Mangel der Vollmacht nicht entscheidungserheblich. Der Antrag der Gläubigerin auf Eröffnung des Konkursverfahrens ist mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgewiesen worden. Zu derselben Entscheidung wäre das Amtsgericht gekommen, wenn es auf das Fehlen der Vollmacht abgestellt hätte. Auch dann wäre der Konkurseröffnungsantrag als unzulässig abzuweisen gewesen ..." ¹³⁸.

Diese Aussage läßt zwei Deutungen zu: Entweder geht das OLG davon aus, daß das Amtsgericht einen Verfahrensfehler gar nicht begangen hat, weil es zur Prozeßvollmacht nichts sagte und statt dessen den Antrag wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig ablehnte. Dann wäre diese Beurteilung schon deshalb nicht haltbar, weil sie einfach unterstellt, daß das Amtsgericht das Rechtsschutzbedürfnis vor der Frage der Prozeßvollmacht geprüft hat und demzufolge zu dieser Verfahrensvoraussetzung gar nicht mehr kommen konnte.

137) S. oben § 1 A III 3 a (S. 5 d. A.).

138) OLG Köln Rpfleger 1976, 102.

Gerade die umgekehrte Prüfungsfolge ist aber geboten, weil die Partei bei Fehlen der Prozeßvollmacht im Verfahren nicht wirksam vertreten war und deshalb zur Frage des Rechtsschutzbedürfnisses gar nicht Stellung nehmen konnte.

Eher kommt deshalb eine Interpretation des OLG-Beschlusses in Betracht, die sich am Wortlaut seiner Begründung orientiert: Danach gilt für den Beschwerdesenat ein Verfahrensfehler dann als nicht existent, wenn er nicht "entscheidungserheblich", also nicht entscheidungskausal war.

Das bedeutet aber nichts anderes als die Flucht in einen logischen Kurzschluß, um dem formalen Neuheitskriterium der herrschenden Rechtsprechung zu entgehen: Man kann ein einmal festgestelltes Faktum — den Verfahrensfehler, den man als begangen bejaht hat — nicht durch seine jeweilige Bedeutungslosigkeit im Nachhinein wieder wegretuschieren.

Genauso wird bei der Verfahrenszweitbeschwerde der einmal festgestellte Prozeßrechtsverstoß nicht rückwirkend als ungeschehen betrachtet, weil er die Beschwerdentscheidung nicht beeinflußt hat. Vielmehr wird dann lediglich aus prozeßökonomischen Gründen von seiner Korrektur abgesehen¹³⁹.

Gleichgültig, welcher Auslegung man sich anschließt: Die vorliegende Entscheidung konnte — wenn sie sich schon unnötigerweise auf den Verfahrensverstoß stützen wollte — nur bei fehlerhafter Verneinung der Neuheit des Verfahrensfehlers ergehen.

II. Gerade die letztgenannten Judikate belegen, daß unter Beibehaltung des rein formal verstandenen Neuheitskriteriums die Korrektur zweimal begangener, gleichartiger — und damit umso gravierenderer — Fehler im Beschwerdeverfahren entweder gar nicht oder nur bei Inkaufnahme widersprüchlicher Entscheidungsbegründungen möglich ist. Es erscheint damit als zwangsläufig, daß sich heute eine zunächst noch begrenzte Abkehr von dem bisherigen Verständnis abzuzeichnen beginnt. Vielleicht kommt es nicht von ungefähr, daß gerade dasselbe OLG Köln, das früher die Neuheit der Verfahrensverletzung über das wenig geeignete Mittel der "Entscheidungskausalität in der Erstinstanz" ausgeweitet hat¹⁴⁰, in einem jüngeren Beschluß¹⁴¹ diesen neuen Weg beschreitet¹⁴².

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Gläubigerin betrieb die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner aus einem Vollstreckungsbefehl. Zu diesem Zweck hatte sie einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß von Rentenansprüchen beim AG erwirkt. Dagegen wurde von der Ehefrau des Schuldners zulässigerweise Erinnerung eingelegt. Zur Begründung brachte sie eine Ablichtung des Schwerbehindertenausweises sowie ein ärztliches

139) Dazu näheres unten D.

140) Vgl. die Ausführungen zu dem vorhergehenden Gliederungspunkt.

141) NJW 1979, 1834 (1835).

142) Vgl. aber zur Kritik an der formalen Definition der Neuheit durch die Rechtsprechung schon Bettermann ZP 77, 34.

Attest bei, aus dem sich ergab, daß ihr Mann einer besonders kostenaufwendigen Pflege bedurfte. Daraufhin wurde der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß aufgehoben. Dagegen wandte sich die Gläubigerin mit der Erstbeschwerde, die ebenfalls aufgrund des eingereichten Attestes als unbegründet zurückgewiesen wurde. Die weitere Beschwerde stützte die Gläubigerin darauf, daß sie in beiden Instanzen keine Kenntnis von dem ärztlichen Zeugnis erhalten hatte und demzufolge in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sei.

1. Bei folgerichtiger Anwendung der überkommenen Regeln zur Verfahrenszweitbeschwerde hätte das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden müssen. Da der Beschwerdeführerin zweimal aus demselben Grunde das rechtliche Gehör versagt worden ist, wurde in beiden Vorinstanzen derselbe Verfahrensfehler begangen; es lag also nach dem bisherigen Verständnis kein "neuer" Beschwerdegrund vor.

Anders aber OLG Köln, das die Verfahrenszweitbeschwerde als begründet ansah. Zur Neuheit des Fehlers schreibt das Gericht¹⁴³:

"Im Ergebnis wäre es wenig einleuchtend, bei einer derartigen Prozeßlage die weitere Beschwerde zu versagen. Das liefe nämlich darauf hinaus, eine Partei umso rechtloser zu stellen, je nachhaltiger ihr verfassungsrechtlicher Anspruch auf Teilnahme am Verfahren verletzt wird. Es bliebe der beschwerten Partei dann nur die Verfassungsbeschwerde, um den Verfahrensmangel geltend zu machen ... Jedenfalls für Verstöße gegen das Gebot, rechtliches Gehör zu gewähren, muß der Begriff der Neuheit in § 568 Abs. 2 enger¹⁴⁴ verstanden werden. Jedes Gericht und damit jede selbständige Instanz innerhalb eines Rechtszuges ist verpflichtet, vor dem Erlaß einer Entscheidung zu prüfen, ob den Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör gewährt worden ist. Jedes Gericht, das im Instanzenzug dagegen verstößt, begeht einen Verfahrensfehler, der prozessual neu ist."

Bei Lektüre dieser Zeilen könnte man zunächst den Eindruck gewinnen, OLG Köln stelle entscheidend auf den Charakter des Verfahrensfehlers als Grundrechtsverstoß ab und begründe die Überwindung des bisherigen "Neuheits"-Begriffes mit der anderenfalls erforderlichen Verfassungsbeschwerde des Betroffenen. In diesem Fall läge keine Abkehr von einer als verfehlt angesehenen Interpretation des "neuen" (Verfahrens-) Beschwerdegrundes, sondern die Eliminierung des "Neuheits"-Merkmals schlechthin vor. Denn da die Mehrzahl aller wesentlich anerkannten Verfahrensfehler zugleich Grundrechtsverletzungen darstellen, läßt sich mit der Gefahr der Verfassungsbeschwerde — wie vom OLG Köln für die Versagung rechtlichen Gehörs formuliert — aus der Qualität des wesentlichen Verfahrensfehlers allein auf dessen "Neuheit" in jeder Instanz schließen.

143) AaO.

144) "Enger" ist hierwohl negativ gemeint, insoweit als das Tatbestandsmerkmal der "Neuheit" des Fehlers den Anwendungsbereich der Zweitbeschwerde begrenzen soll. Diese Formulierung mag ihren Ursprung in der doppelten Negation des § 568 Abs. 2 haben. Positiv ausgedrückt liegt in der Interpretation des OLG Köln eine Ausweitung des "Neuheits"-Begriffes mit dem Ergebnis erweiterter Anfechtungsmöglichkeiten.

Daß hier aber nicht allein der Grad des Fehlers, sondern die Tatsache der zweimaligen verfahrenswidrigen Unterlassung, also die Art und Weise der Verletzung das "Neusein" begründet, stellt OLG Köln an späterer Stelle selbst klar. Dort heißt es:

"Ob eine neue selbständige Beschwer¹⁴⁵ wegen wesentlichen Verfahrensmangels auch dann zu bejahen ist, wenn die Frage der Gewährung rechtlichen Gehörs in beiden Instanzen übereinstimmend für eine Partei ungünstig geprüft und beantwortet worden ist, hat der Senat nicht zu entscheiden. Ein solcher Sachverhalt mag anders zu beurteilen sein — was offenbleibt — ist jedoch hier nicht Entscheidungsgegenstand. Darauf hinzuweisen, erscheint angebracht, um den Rechtssatz deutlich abzugrenzen, auf dem dieser Beschluß beruht"¹⁴⁶.

Diese "Abgrenzung" wird nur verständlich, wenn nicht der Fehler selbst, die bloße Feststellung des "Ob" einer zweiinstanzlichen Versagung rechtlichen Gehörs, sondern das "Wie" dieser Verletzung für das Merkmal "Neuheit des Verfahrensfehlers" maßgeblich ist¹⁴⁷. Differenziert man aber in der Frage der Art einer Rechtsverletzung nach zwar fehlerhafter, aber positiver Befassung und Unterlassung, so wird das den § 568 Abs. 2 tragende Konformitätsprinzip¹⁴⁸ über das Tatbestandsmerkmal "neuer Beschwerdegrund" für die Verfahrenszweitbeschwerde fruchtbar gemacht: Genauso wie die zweimalige Fehlinterpretation einer materiell-rechtlichen Vorschrift wegen der durch die Gleichförmigkeit der Entscheidungen geschaffenen Vermutung ihrer Richtigkeit eine weitere Beschwerde ausschließt, entfällt die Verfahrenszweitbeschwerde bei zwei gleichartigen, auf positiver Befassung mit der Prozeßnorm beruhenden Verfahrensfehlern. Dagegen fehlt es an der Praesumption für die Richtigkeit, wenn die Verfahrensnorm einmal — und erst recht, wenn sie zweimal — mißachtet wurde.

Das formale "Neuheits"-Verständnis wird damit durch ein materielles ersetzt, was den Vorteil hat, daß einerseits nicht gerade die eine Korrektur besonders erfordernde Verdoppelung von Verfahrensfehlern die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung hindert und andererseits dem von § 568 Abs. 2 geforderten "neuen selbständigen Beschwerdegrund" in seiner rechtmittelbeschränkenden Funktion nach der ratio legis der Vorschrift Rechnung getragen wird.

145) Zu dieser Interpretation des "neuen selbständigen Beschwerdegrundes" und zur Anwendbarkeit auf die Verfahrenszweitbeschwerde unten § 3.

146) OLG Köln NJW 1979, 1835.

147) Noch deutlicher Schneider MDR 1979, 882/883 zur Interpretation dieses Beschlusses: "Die verfahrenswidrige Unterlassung ist in zwei Instanzen übereinstimmend begangen worden. Gleichwohl muß auch bei übereinstimmenden Vorentscheidungen ein neuer selbständiger Beschwerdegrund bejaht werden. Es macht nämlich einen wesentlichen Unterschied, ob beide Instanzen dieselbe Verfahrensfrage untersuchen und (vielleicht beide falsch) beurteilen oder ob überhaupt nichts geschieht. Im ersteren Fall sind die Gerichte ihrer Pflicht zur Berücksichtigung des Vorbringens nachgekommen, im zweiten nicht ... Die verfahrenswidrige Unterlassung der Gewährung rechtlichen Gehörs kann nicht dadurch neutralisiert werden, daß bereits das Amtsgericht den gleichen Fehler begangen hat ...".

148) S. oben § 1 A III (S. 4 d. A.).

Der verbleibende Einwand, daß das OLG Köln in seiner Entscheidung allein auf die Versagung rechtlichen Gehörs nach Art 103 Abs. 1 GG abgestellt hat, verfängt gegenüber der Möglichkeit einer Verallgemeinerung der genannten Auffassung nicht¹⁴⁹: Daß Art 103 Abs. 1 GG die Qualität eines Prozeßgrundrechts hat, wird durch die oben¹⁵⁰ festgestellten Verfassungsbezüge der meisten Verfahrensfehler kompensiert, und auch die Unterscheidung zwischen Mißachtung und Fehlinterpretation ist hier wie dort uneingeschränkt möglich.

2. Das für alle Verfahrensfehler anwendbare materielle Verständnis des OLG Köln eines "neuen" Beschwerdeggrundes ergibt damit folgende Fallgestaltungen bei der Verfahrens-zweitbeschwerde:

a) Haben sich sowohl Amtsgericht als auch Beschwerdegericht positiv mit der Verfahrensnorm auseinandergesetzt, so ist eine weitere Beschwerde ausgeschlossen, weil, bezogen auf den Verfahrensfehler, "*duae conformes sententiae*" vorliegen.

b) Wurde dagegen von beiden Gerichten die positive Befassung mit der fraglichen Prozeßnorm unterlassen, dann hat das zur Folge, daß gerade wegen der besonders intensiven Rechtsverletzung des Beschwerdeführers eine weitere Beschwerde zuzulassen ist. Die *ratio legis* des § 568 Abs. 2 gebietet dies geradezu, weil noch nicht einmal eine Instanz die in Rede stehende Prozeßfrage geprüft hat, so daß auch nicht von "*duae conformes*" gesprochen werden kann.

c) Dazwischen steht der (bisher noch nicht erörterte) Fall, daß das eine Gericht sich mit der Verfahrensnorm tatsächlich auseinandergesetzt hat, aber aufgrund falscher Auslegung zu einem fehlerhaften Ergebnis gekommen ist, während das andere Gericht dieselbe Norm ganz übersehen hat. Nach dem Modell des § 568 Abs. 2 müßten hier "*duae diffformes sententiae*" vorliegen, womit die Zweitbeschwerde eröffnet wäre. (Welche Instanz dabei welche Art von Verfahrenswidrigkeit begangen hat, ist gleichgültig, weil die Tatsache, daß ein Verfahrensfehler auf Landgerichtsebene begangen worden ist, bereits feststeht. Das vorgenannte System dient ja nur zur Ermittlung der "Neuheit" der Prozeßverletzung.)

149) Generalisierend auch Schneider MDR 1979, 884, der die genannten Grundsätze in einem "allgemeinen Rechtssatz" formuliert.

150) Vgl. oben B I - III (S. 15 ff d. A.).

D. Die Entscheidungskausalität des Fehlers

I. Selbst wenn im Einzelfall eine wesentliche Verfahrensvorschrift verletzt ist und der Fehler auch als "neu" angesehen werden kann, so wird — entsprechend der allgemeinen Grundsätze der Rechtsmittellehre — immer wieder herausgestellt, daß dieser Verstoß auch Einfluß auf den Entscheidungsinhalt gehabt haben muß. Da fast alle der oben¹⁵¹ als wesentlich bezeichneten Prozeßverstöße für die Beschwerdeentscheidung kausal geworden sind, ermöglichten sie deshalb auch eine weitere Beschwerde.

So zB in dem Fall des OLG Hamm¹⁵², als die Vorinstanz das Vorbringen des Beschwerdeführers dahin mißverstanden hatte, daß dieser als nicht der Pfändung unterworfenen Einkommen insgesamt monatlich 337,— DM brauchte, während dieser in Wirklichkeit auf zusätzlich 337,— DM abgestellt hatte.

Dasselbe Gericht¹⁵³ sah es wenig später als entscheidungserheblich an, daß die Beschwerdekammer einen zwischen Beschlußfassung und Hinausgabe der Entscheidung eingegangenen Schriftsatz nicht berücksichtigt hatte.

Nach OLG Köln¹⁵⁴ ist bei einer unter Verstoß gegen § 139 ergangenen Überraschungsentcheidung der fehlende Hinweis auf den später beschlußtragenden Gesichtspunkt "allein Ursache der vorschnellen Entscheidung geworden".

In anderen Fällen läßt sich nicht eindeutig feststellen, ob dieselbe Beschwerdeentscheidung auch ohne den Verfahrensfehler ergangen wäre. Dies gilt namentlich für die Übergehung von Beschwerdevorbringen, dessen Erheblichkeit sich erst bei näherer Sachaufklärung herausstellen kann. Hier sieht es die Rechtsprechung — in Parallele zu den relativen Revisionsgründen — als ausreichend an, wenn die Möglichkeit eines Einflusses auf die Beschwerdeentscheidung nicht auszuschließen ist.

Beispiele hierfür sind zwei Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamm¹⁵⁵ und Koblenz¹⁵⁶. In dem ersten Beschluß war eine fehlerhafte Beweisaufnahme durchgeführt worden, im zweiten hatte das Landgericht neues Vorbringen völlig unbeachtet gelassen.

Da es nicht unwahrscheinlich erschien, daß bei Vermeidung dieser Fehler eine andere Entscheidung ergangen wäre, wurde die weitere Beschwerde in beiden Fällen zugelassen.

151) Vgl. oben B

152) JMBI NRW 1958, 7; vgl. oben B I 1 b dd ausführlich zu dem Sachverhalt (S. 19 d. A.).

153) OLG Hamm Rpfleger 1960, 410; vgl. oben B I 1 b aa (S. 17 d. A.).

154) Rpfleger 1975, 441 = Jur. Büro 1976, 252; vgl. hierzu ausführlich oben B I 1 d (S. 20 d. A.).

155) JMBI NRW 1955, 222; näheres hierzu oben B I 1 c (S. 19 d. A.).

156) MDR 1979, 765.

II. Steht demgegenüber aber fest, daß eine andere Entscheidung nicht möglich ist, wird die Verfahrenszweitenanfechtung als unzulässig abgewiesen. So formulierte das OLG Hamburg¹⁵⁷ in einem Fall, wo es um die Nichtbeachtung eines unerheblichen Vorbringens ging: "Es wäre sinnwidrig und mit dem Gedanken der Prozeßökonomie nicht zu vereinbaren, wollte man diesen Verfahrensmangel gleichsam als absoluten Aufhebungsgrund betrachten, wenn von vornherein feststeht, daß die Entscheidung auch unter Berücksichtigung des übergangenen Vortrags sachlich die gleiche sein muß..."

Aus demselben Grund verwarf auch OLG Düsseldorf¹⁵⁸ eine Verfahrenszweitbeschwerde, die ebenfalls auf die Nichtbeachtung von Vorbringen gestützt wurde, das aber letztlich unerheblich war.

Nach Beschlüssen des Reichs¹⁵⁹ bzw. Kammergerichts¹⁶⁰ fehlt es an der Entscheidungskausalität, wenn ein Richter unter Verstoß gegen § 47 aufschiebbare Verfahrenshandlungen vorgenommen hat, der Ablehnungsantrag wegen Besorgnis der Befangenheit später jedoch zurückgewiesen wurde; denn dann steht fest, daß der Richter zu keiner Zeit befangen war und somit die Amtshandlungen vornehmen durfte.

E. Zusammenfassende Bewertung der Rechtsprechung zur weiteren Beschwerde bei Verfahrensfehlern

I. Die bisher gewonnenen Einzelergebnisse sind wie folgt zusammenzufassen:

Ein Verfahrensfehler wird nur in solchen Prozeßwidrigkeiten gesehen, deren Ursache entweder die völlige Mißachtung oder Fehlinterpretation einer zur Verfahrensordnung gehörigen Rechtsregel darstellt.

Solche als wesentlich anerkannten Verstöße betreffen in der überwiegenden Mehrzahl Versagungen rechtlichen Gehörs iSv Art 103 Abs. 1 GG, ferner geht es um Verletzungen von Vorschriften zur Bestimmung des gesetzlichen Richters, Art 101 Abs. 1 S. 2 GG, schließlich auch um rechtsstaatswidrige Beschwerdeentscheidungen, Art 20 Abs. 3 iVm Art 2 Abs. 1 GG.

Nur zu einem geringen Teil handelt es sich daneben um Verfahrensfehler ohne Grundrechtsbezüge.

157) MDR 1964, 423 (Nr. 91) mit Verweis auf einen unveröffentlichten Beschluß dess. Senats v. 5.7.1961 (AktZ. 6 W 90/61).

158) JMBI NRW 1970, 220.

159) JW 1902, 49 (Nr. 2).

160) ZZP 90, 417.

Die von § 568 Abs. 2 geforderte "Neuheit" eines Verfahrensfehlers bestimmte die Judikatur bislang überwiegend danach, ob derselbe Vestoß bereits in der ersten Instanz begangen worden ist oder nicht. Bei Wiederholung soll die weitere Beschwerde unzulässig sein. In jüngster Zeit sind jedoch Ansätze zu registrieren, dieses rein formale Kriterium – das bei besonders gravierenden Fehlern zu unbilligen Ergebnissen führt – durch eine materielle, an der Art der Verfahrensfehler orientierte Betrachtungsweise zu ersetzen.

Letztes Erfordernis der Verfahrenszweitbeschwerde schließlich ist die Entscheidungskausalität des Fehlers. In Entsprechung zu den relativen Revisionsgründen genügt es hierfür, wenn die Möglichkeit eines Einflusses auf die Entscheidung nicht auszuschließen ist.

II. Anhand der nunmehr vorliegenden Bestandsaufnahme der Rechtsprechung läßt sich die eingangs aufgeworfene Frage beantworten, ob und bei welchen Gruppen von Prozeßfehlern das rechtspolitische Bedürfnis für eine Verfahrenszweitbeschwerde besteht.

1. Das hängt maßgeblich davon ab, inwieweit – würde mit Bettermann die weitere Beschwerde wegen Verfahrensfehler generell abgelehnt – ein "Ausweichdruck" auf das Bundesverfassungsgericht entstünde, weil die Betroffenen anstelle eines instanzgerichtlichen Rechtsbehelfs nur noch die Verfassungsbeschwerde zur Verfügung hätten.

a) Diese Frage beantwortet sich jedoch von selbst, wenn man die vorangestellte Zusammenfassung der "wesentlichen" Verfahrensfehler in Ansatz bringt: Der Großteil der zur Zweitbeschwerde berechtigenden Fehler beeinträchtigte zugleich Grundrechte der Betroffenen. Wie dargelegt, wäre bei Erschöpfung des Rechtsweges in den meisten Fällen eine Verfassungsbeschwerde gemäß Art 93 Abs. 1 Nr. 4 lit a GG eröffnet.

Stünde also kein fachgerichtliches Rechtsmittel in Form der Verfahrenszweitbeschwerde zur Verfügung, so führte dies zwangsläufig zu einer Flut von Verfassungsbeschwerden. Die Nachteile liegen auf der Hand: Das Verfassungsgericht selbst wäre völlig überlastet, die Beschwerdeführer müßten unerträglich lange auf eine Entscheidung warten und diese griffe – käme sie endlich zustande – möglicherweise noch in die Rechtskraft des Urteils ein, das in dem der Beschwerde zugrundeliegenden Prozeß schon vorher ergangen ist.

Berücksichtigt man zudem die Diskrepanz zwischen der Bedeutung der mit der Beschwerde angreifbaren Entscheidungen und dem Rang des Verfassungsgerichts als ultima ratio des Rechtsschutzes, so wird offenbar, daß eine prinzipielle Ablehnung der Verfahrenszweitbeschwerde vom Ergebnis her kaum vertretbar ist. Besonders deutlich hat das Bundesverfassungsgericht selbst in einem jüngst zur Verfahrenszweitbeschwerde ergangenen Beschluß¹⁶¹

161) BVerfGE 49, 252.

die Akzente gesetzt. In dem zugrundeliegenden Fall war dem Beschwerdeführer die weitere Beschwerde nämlich mit der Begründung versagt worden, daß für die Verletzung des rechtlichen Gehörs iSv Art 103 Abs. 1 GG der Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde zur Verfügung stehe. Das daraufhin mit Erfolg angerufene Verfassungsgericht schreibt dazu: "Nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung obliegt zunächst den Instanzgerichten die Aufgabe, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen. Hierin kommt die Bedeutung zum Ausdruck, welche die Verfassung der rechtsprechenden Gewalt für die Einhaltung verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen beimißt. Dem Gebot der Erschöpfung des Rechtsweges entspricht die Pflicht der Gerichte, etwaige im Instanzenweg eingetretene Grundrechtsverstöße selbst zu beseitigen"¹⁶².

Ihre Funktion als fachgerichtliches "Vorschaltinstrument" vor der Verfassungsbeschwerde spricht damit für das rechtspolitische Bedürfnis der Anerkennung der Verfahrenszweitbeschwerde, soweit durch die Prozeßverletzung zugleich ein mit Art 93 Abs. 1 Nr. 4 lit a GG anfechtbarer Grundrechtsverstoß begangen worden ist.

b) Dieses Ergebnis bedarf allerdings in zweierlei Hinsicht der Überprüfung.

aa) Zunächst stellt sich die Frage, ob mit dem Argument der Verfassungsbeschwerde als inadäquatem Rechtsbehelf gegen Fehler des Beschwerdeverfahrens nicht auch gravierende materiell-rechtliche Verstöße aufhebbar gemacht werden könnten, die an sich wegen der Gleichartigkeit der durch die vorangegangenen Entscheidungen verursachten Beschwer gemäß § 568 Abs.2 unanfechtbar wären. Ist dies der Fall, so ergeben sich nur zwei Konsequenzen. Entweder man muß das Bedürfnis für eine Zweitbeschwerde auf eine generelle fachgerichtliche "Vor"-Verfassungsbeschwerde erweitern oder umgekehrt die Möglichkeit verfassungsgerichtlicher Inanspruchnahme als Argument für ein rechtspolitisches Erfordernis gerade der Verfahrenszweitbeschwerde ablehnen, weil sich damit auch die Erweiterung der Aufhebbarkeit materiell-rechtlicher Fehler begründen ließe. Beide Male wäre das vorgenannte Ergebnis entkräftet.

Das Fehlen einer Zweitbeschwerde, die contra legem die Aufhebung schwerwiegender materiell-rechtlicher Verstöße ermöglichen würde, führt aber nicht annähernd zu dem für Verfahrensfehler aufgezeigten Ausweichdruck auf das Bundesverfassungsgericht: Nach der Rechtsprechung des BVerfG, das nicht als "Superrevisionsinstanz" für die Fachgerichte fungieren will, sind unter dem Gesichtspunkt des Art 3 Abs. 1 GG nur solche materiellen Fehler aufhebbar, die eine willkürliche Behandlung des Beschwerdeführers darstellen¹⁶³. Die unterhalb dieser Schwelle liegenden Verstöße sind also gar nicht anfechtungsfähig. Der verbleibende Rest denkbarer Verfassungsbeschwerden wird zahlenmäßig noch dadurch eingeschränkt, daß die fragliche Rechtsverletzung ausschließlich in der Beschwerdeinstanz

162) BVerfGE 49, 252 (258).

163) BVerfGE 4, 1 (7); 11, 343 (349); 13, 132 (150); vgl. weitere Nachw. bei Dürig in Maunz-Dürig Art 3 Rdn. 396.

vorgekommen sein muß, da der Fehler auf der Ebene des Amtsgerichts bereits durch die Beschwerde aufhebbar war. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ein Bedürfnis für die Zweitbeschwerde wegen gravierender materieller Fehler also gar nicht anzuerkennen. Folglich vermag auch dieser Aspekt das grundgesetzlich begründete Bedürfnis für die Verfahrensweitbeschwerde nicht zu entkräften.

bb) Dies könnte jedoch der Fall sein, wenn man mit Bettermann die Aufhebbarkeit von errores in procedendo als unzulässige Privilegierung gegenüber den irrevisiblen errores in iudicando ansieht¹⁶⁴. Dahinter steht die Überlegung, daß sowohl prozessuale als auch materielle Rechtsregeln letztlich der "richtigen" Entscheidung dienen, so daß — bezogen auf die vorliegende Fragestellung — ein rechtspolitisches Bedürfnis für die Zweitbeschwerdefähigkeit entweder beider Fehlerarten oder gar keiner anzuerkennen ist. Diese These vernachlässigt jedoch den grundsätzlichen Unterschied zwischen beiden Kategorien von Rechtsregeln: Das Verfahrensrecht schafft erst die Sachgrundlage jeder Gerichtsentscheidung, während das materielle Recht allein den Inhalt des Judikates bestimmt. Mit einem (entscheidungskausal) Verfahrensfehler setzt sich das Gericht also schon außerstande, überhaupt den konkret zur Entscheidung gestellten Fall zu beurteilen, ohne daß es auf eine korrekte oder falsche Anwendung materieller Rechtsnormen ankäme. Dem Rechtsuchenden kann eine derartig zustande gekommene Entscheidung weniger zugemutet werden als eine solche, die einer, wenn auch aus rechtsmittelgerichtlicher Sicht falschen, aber immerhin aus verfassungsrechtlicher Sicht noch nicht willkürlichen Rechtsanwendung entspringt¹⁶⁵. Entgegen Bettermann ist also eine "Privilegierung" der Verfahrensfehler in der weiteren Anfechtbarkeit durchaus sachlich gerechtfertigt.

Damit verbleibt es bei dem bisherigen Ergebnis, daß für die Öffnung der Zweitbeschwerde bei Verfahrensfehlern, die ansonsten mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar wären, ein rechtspolitisches Bedürfnis besteht.

2. Vergleicht man nun den Anwendungsbereich der geltenden Verfahrensweitbeschwerde anhand der von der Rechtsprechung bislang dem § 568 Abs. 2 entnommenen Einzelvoraussetzungen mit dem hypothetischen Anwendungsbereich einer Verfahrensweitbeschwerde, die allein aus ihrer Funktion zur Vermeidung einer wegen der verletzten Prozeßregeln sonst möglichen Verfassungsbeschwerde definiert wäre, so ergeben sich mehrere Unterschiede:

a) Im Hinblick auf die Art des anfechtbaren Verfahrensfehlers wäre der Anwendungsbereich einer verfassungsrechtlich begründeten Verfahrensweitbeschwerde im Verhältnis zur jetzigen beschränkt.

164) Vgl. Bettermann ZP 77, 39; 90, 420.

165) Vgl. OLG Hamm MDR 1962, 521.

Unanfechtbar wären zunächst alle Verfahrensfehler, die schon keine Grundrechtsbezüge aufweisen, also namentlich die genannten Verletzungen der Dispositionsmaxime oder des Untersuchungsgrundsatzes, die nicht als Versagung rechtlichen Gehörs eingestuft werden könnten, ferner die nicht willkürliche Mißachtung amtswegiger Prüfungs- und Nebenentscheidungspflichten¹⁶⁶. Bei der Verletzung von Vorschriften zur Bestimmung des gesetzlichen Richters — bis auf die Regeln, die bestimmte Personen von der Ausübung richterlicher Aufgaben ausschließen — käme es darauf an, ob der Verstoß auf einer willkürlichen, sachlich unhaltbaren Fehlentscheidung beruhte¹⁶⁷. Bei bewußtem Übergehen von Parteivorbringen durch das Erstbeschwerdegericht wäre ein mit der — verfassungsrechtlich definierten — Verfahrenszweitbeschwerde anfechtbarer Verstoß nur gegeben, wenn das Vorbringen aus der Sicht des Erstbeschwerdegerichts entscheidungserheblich gewesen wäre¹⁶⁸. Die Nichtgewährung rechtlichen Gehörs könnte schließlich nur von demjenigen gerügt werden, dessen Anspruch hierauf auch verletzt worden wäre¹⁶⁹.

b) Das von der Rechtsprechung dem § 568 Abs. 2 entnommene Kriterium der "Neuheit" des Verfahrensfehlers beschränkt dagegen die geltende Verfahrensbeschwerde im Vergleich zu einer allein aus dem Bedürfnis der Vermeidung von Verfassungsbeschwerden bei Prozeßverstößen definierten neuen Verfahrenszweitbeschwerde, weil es bei letzterer ein derartiges Kriterium nicht gäbe. Dabei ist der Grad der Begrenzung noch zusätzlich davon abhängig, welche Auffassung man zu dem geltenden Neuheitskriterium zugrunde legt:

Bei dem überkommenen formalen Neuheitsverständnis, das lediglich auf die Wiederholung der Prozeßfehler abstellt, ergibt sich eine weit größere Diskrepanz, weil hier wesentlich mehr Fälle unanfechtbar sind, als wenn man mit dem neueren materiellen Verständnis auf die Art und Weise der Prozeßverletzung abstellt.

c) In bezug auf das Kriterium der "Entscheidungskausalität" schließlich bestehen Unterschiede nur insoweit, als das durch den Verfahrensfehler jeweils betroffene Grundrecht nicht schon selbst mit einem vergleichbaren Erfordernis verknüpft ist, wie etwa bei Art 103 Abs. 1 GG die "Erheblichkeit" des übergangenen Vorbringens.

III. Die weitere Prüfung ist damit vorgegeben: Es ist zu fragen, wie dem nunmehr feststehenden — durch die Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde begrenzten — rechtspolitischen Bedürfnis für die Verfahrenszweitbeschwerde Rechnung getragen werden kann, d.h. ob die Möglichkeit besteht, diese einer dogmatischen Begründung de lege lata zuzuführen. Davon hängt es auch ab, inwieweit sich die Unterschiede in den Anwendungsbe-reichen nach der bisherigen Rechtsprechung und nach einer denkbaren verfassungsrechtlichen Determination rechtfertigen bzw. auflösen lassen.

¹⁶⁶) S. oben B IV 2 (S. 31 ff d. A.).

¹⁶⁷) S. oben B II 2 (S. 27 d. A.).

¹⁶⁸) S. oben B I 2 b bb (S. 23 d. A.).

¹⁶⁹) S. oben B I 2 a cc (S. 21 d. A.).

§ 3 Die Möglichkeit einer Verfahrenszweitbeschwerde auf der Grundlage des § 568 Abs. 2 nach dem Regelungsgehalt der Vorschrift

A. Das Prinzip der “*duae diffformes errores*”; Auslegung des § 568 Abs. 2

Das Reichsgericht¹ hat in einem Beschluß die Möglichkeit der Verfahrenszweitanefechtung auf folgende Interpretation gestützt: “Einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält die Entscheidung des Beschwerdegerichts nur dann, wenn sie wegen Verletzung einer Rechtsnorm unrichtig ist, die nicht schon durch einen Beschluß der Vorinstanz ... verletzt worden war.”

Daß zu diesen “Rechtsnormen” auch Verfahrensvorschriften zählen, wird sodann mit § 577 Abs. 2 S. 3² belegt. Danach kann die sofortige Beschwerde bei Vorliegen der Erfordernisse einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage auch noch nach Ablauf der Notfrist innerhalb der für diese Klagen vorgeschriebenen Fristen erhoben werden. Für das RG geht der Gesetzgeber also davon aus, daß die sofortige Beschwerde jedenfalls dann zulässig sein muß, wenn die angegriffene Entscheidung auf einer Verletzung der in § 579³ aufgeführten Gründe beruht. Diese Gründe sind bei der Nichtigkeitsklage ausnahmslos Verfahrensfehler. Da weiterhin nicht bestimmt ist, daß lediglich diese Verstöße die sofortige Beschwerde begründen, sondern nur, daß beim Vorliegen solcher Verfahrensverletzungen die sofortige Beschwerde auch noch nach Ablauf der hierfür geltenden Notfrist erhoben werden kann, wird gefolgert, daß die sofortige Beschwerde schlechthin bei wesentlichen Verfahrensfehlern möglich ist. Was aber für die sofortige Beschwerde gilt, muß auch für die einfache bejaht werden, weil sich erstere nur durch die Notfrist von der fristfreien unterscheidet. Da schließlich die Zweitanfechtung eine Beschwerde wie die Erstanfechtung ist⁴, sind nach dieser Argumentation die wesentlichen Verfahrensfehler grundsätzlich aufhebbar⁵.

Kernpunkt dieser Begründung ist die zitierte Definition. Erst wenn man das Tatbestandsmerkmal “Beschwerdegrund” tatsächlich mit “Rechtsnormverletzung” identifizieren kann, kommt man zu der Frage, ob als beschwerdefähige Rechtsnorm auch die mißachtete Prozeßvorschrift anzusehen ist.

Ohne sich näher mit dem Regelungsgehalt des § 568 Abs. 2 auseinanderzusetzen zu müssen, könnte man die Formel des RG bei wortgetreuem Verständnis schon wegen ihrer begrifflichen Enge als mit der Beschwerde unvereinbar ansehen. Einen Beschwerdegrund nur in Rechtsverletzungen zu sehen, hätte nämlich zur Folge, daß die Zweitanfechtung dem

1) RGZ 42, 352 (353); zum Sachverhalt s. oben § 2 B II 1 a (S. 25 d. A.).

2) = § 540 a. F.

3) = § 542 a. F.

4) S. oben § 1 A I (S. 1 d. A.).

5) Vgl. hierzu auch F. Schmidt S. 63/64.

auf Rechtsfragen begrenzten Nachprüfungsbereich der Revision gleichgeschaltet würde, obwohl doch die Beschwerde durch die Möglichkeit neuen Tatsachenvorbringens gemäß § 570 nach allg. Ansicht⁶ wie eine Berufung ausgestaltet ist⁷.

Die in der Art eines Rechtssatzes abgefaßte Interpretation diene jedoch lediglich als Obersatz für die nachher erfolgte Einbeziehung von Verfahrensvorschriften. Die Formulierung ist ersichtlich auf das dem Gericht vorliegende Problem gemünzt. Das dahinter verborgene Verständnis des neuen selbständigen Beschwerdegrundes wird erst dann deutlich, wenn man an die Stelle der "Rechtsnormverletzung" einen abstrakteren Begriff setzt. Dies kann das Wort "Fehler" oder "error" sein. In der überkommenen⁸ Auslegung des § 568 Abs. 2 als Beschwerdeausschluß bei *duae conformes sententiae* würde das bedeuten, daß die zwei Vorentscheidungen zwei unterschiedliche Fehler enthalten, diesen also "*duae diffformes errores*" zugrunde liegen müßten⁹.

Einem solchen Verständnis steht die Auffassung Bettermanns entgegen. Wie eingangs¹⁰ dargestellt, ist der neue Beschwerdegrund hiernach nicht der neue Fehler, sondern die andersartige Beschwerde, die sich aus der Abweichung des Beschwerdebeschlusses in seiner Tragweite und seinem rechtskraftfähigen Inhalt von der erstinstanzlichen Entscheidung ergibt.

Es ist klar, daß, wenn auf die Beschwerde abgestellt wird, dem Argument des RG, der Gesetzgeber habe durch § 577 Abs. 2 S. 3 auch die Verfahrensnormverletzungen als solche aufhebbar gemacht, der Boden entzogen ist, weil es auf die verletzte Rechtsnorm als solche nun überhaupt nicht mehr ankommt.

Die Gegenläufigkeit der beiden Auffassungen läßt sich in herkömmlicher Weise ausdrücken: Der Beschluß des Reichsgerichts faßt den neuen selbständigen Beschwerdegrund als Grund *der* Beschwerde auf, während Bettermann hierin den Grund *zur* Beschwerde erblickt¹¹.

Noch deutlicher wird das Problem, wenn man es an einem Wortpaar aus der philosophischen Begriffslehre ausrichtet: Muß der neue selbständige Beschwerdegrund mit Bettermann eine neue Ursache zur weiteren Beschwerde darstellen oder genügt es für § 568 Abs. 2, wenn sich, so das RG, nur ein neuer Anlaß zur Beschwerde bietet¹².

6) S. Stein-Jonas-Grunsky vor § 567 Rdn. 1; Wieczorek § 567 Anm. A II.

7) Vgl. Bettermann ZJP 77, 24.

8) S. oben § 1 A III vor 1 (S. 4 d. A.).

9) Vgl. Bettermann ZJP 77, 26/32.

10) S. oben § 1 B II (S. 8 d. A.).

11) Vgl. F. Schmidt S. 26 mwN; Bettermann ZJP 77, 15/24.

12) Vgl. zu dieser Differenzierung Neuhäusler S. 107: "Eine die Wirkung hervorrufende Ursache ruft die Wirkung außerhalb ihrer hervor. Ihre Wirkung ist Bewirkung eines Zustandes oder Geschehens ... Läßt die Bedingung die eigentliche Ursache nur in Kraft treten, ohne die Wirkung merkbar mitzubestimmen, so heißt sie Anlaß: Der Funke im Pulverfaß ist nur auslösend, nicht aber für das Ausmaß und die Art der Wirkung maßgebend." Klaus Buhr S. 110 f.: "Die Ursache ist ferner zu unterscheiden vom Anlaß. Der Anlaß geht – wie die Ursache – der Wirkung zeitlich voraus, er bringt jedoch die Wirkung nicht hervor, steht zu ihr nicht in einem notwendigen, sondern in einem zufälligen, nicht in einem wesentlichen, sondern in einem unwesentlichen Verhältnis."

I. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist eine am Wortsinn orientierte Auslegung des Begriffes des neuen selbständigen Beschwerdegrundes¹³ in § 568 Abs. 2.

1. Das zentrale Wort *“Beschwerdegrund”* ist dabei mehrdeutig, weil es zwei eigenständige Nomen durch die Zusammenschreibung miteinander verkoppelt, ohne klarzustellen, welcher Art diese Verbindung dem Inhalt nach ist. Hier bestehen beide Möglichkeiten: Entweder verbirgt sich dahinter eine dativische Verbindung mit dem Verhältniswort *“zu”*. Dann ist der Beschwerdegrund der Grund zu der (= zur) Beschwerde. Einen solchen Grund zur Beschwerde verursacht eine Entscheidung, wenn sie einer Partei nachteilig ist, ihren Anträgen nicht oder nicht völlig zu ihren Gunsten entspricht, trotzdem aber einer günstigeren Änderung fähig erscheint¹⁴. Das wäre dann die Ursache der Beschwerde, die Beschwer.

Oder aber hinter der Zusammenschreibung steht der Genitiv *“Grund der Beschwerde”*. In diesem Fall liegt der Akzent nicht auf der Beeinträchtigung des Rechtsmittelführers, also dem Motiv, das erst zur Anfechtung führt, sondern auf dem Fehler, durch dessen Geltendmachung diese Beeinträchtigung prozessual zu beseitigen versucht wird. Beschwerdegrund ist dann der Beschwerdeanlaß.

2. Das Adjektiv *“neu”* kennzeichnet etwas, das in dieser Form noch nicht existiert hat, also konkret gesagt erst und nur in der Beschwerdeinstanz entstanden ist. Die Bedeutung dieses Wortes liegt bei § 568 Abs. 2 auf verschiedenen Ebenen: Zum einen ist es dem Substantiv *“Beschwerdegrund”* zugeordnet, zum anderen geht es als Bestandteil der einzigen Begriffsbestimmung der weiteren Beschwerde darüber hinaus und ist für das Rechtsmittel an sich konstituierend.

Soweit es um den *“neuen Beschwerdegrund”* geht, ändert sich die Bedeutung des Adjektivs je nachdem, welchen Inhalt man dem Beschwerdegrund beilegt. Sieht man mit Bettermann darin die Beschwerde als Ursache der Anfechtung, so ist die Feststellung des Neu-seins dieser Beschwer überflüssig. Denn schon in der Erkenntnis, daß die Entscheidung in der zweiten Instanz selbst den Rechtsmittelführer beschweren konnte und nicht nur eine bloße Wiederholung oder Erhaltung der alten Beschwer darstellt, ergibt sich notwendigerweise ihre Andersartigkeit, will sagen Neuheit¹⁵.

Das Adjektiv hat insoweit also nur verstärkenden Charakter ohne eigenständige Qualität. Anders dagegen, wenn man den Beschwerdegrund synonym für Fehler setzt. Mit dessen Feststellung allein ist noch keineswegs klar, ob auch solche dazu gehören, die schon in der Amtsgerichtsinstanz begangen worden sind. Erst durch das Erfordernis der Neuheit sind diese Fälle ausgefiltert. In der Auslegung nach dem RG gewinnt das Adjektiv den Wert einer echten Qualifizierung des Beschwerdegrundes¹⁶.

13) Vgl. Larenz S. 307.

14) F. Schmidt S. 26.

15) Bettermann ZJP 77, 21/26.

16) Vgl. RGZ 42, 352 (354); Bettermann ZJP 77, 26.

Losgelöst von der Interpretation des Beschwerdegrundes stellt das Wort "neu" für die Zweitanfechtung als solche klar, daß die Einlegung des Rechtsmittels unabhängig von der Parteirolle ist. Wenn nämlich ein Fehler oder eine Beschwerde neu sein muß, so ist dies doch auch bei demjenigen möglich, der an dem Beschwerdeverfahren noch nicht teilgenommen hat. (Beispiel: Der Nebenintervenient legt weitere Beschwerde ein, nachdem die Nebenintervention vom Amtsgericht zugelassen aber auf Beschwerde des Klägers hin vom Landgericht zurückgewiesen wurde¹⁷.) Im Zusammenhang mit dem Fehlen einer persönlichen Beschränkung objektiviert also gerade die "Neuheit" des Beschwerdegrundes das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde, so daß bei Vorliegen bereits einer Beschwerdeentscheidung die hiergegen gerichtete Anfechtung selbst dann eine weitere ist, wenn sie für den bisher unbeteiligten Dritten die erste Beschwerde-einlegung bedeutet¹⁸.

3. Eine ähnliche Zweidimensionalität wohnt dem Adjektiv "selbständig" inne. Dies ist Kennzeichen für etwas, das für sich selbst stehen kann, von sich heraus ohne Unterstützung und Mitwirkung zu existieren und Wirkungen hervorzubringen vermag¹⁹.

Bezieht man diesen Begriff auf das Substantiv "Beschwerdegrund", so hängt die konkrete Wortbedeutung wieder von dessen jeweiliger Auslegung ab.

Mit Bettermann hat es nur eine verdeutlichende Funktion²⁰. Wenn nämlich eine andersartige Beschwerde festgestellt ist, so impliziert das gleichzeitig schon die Unabhängigkeit dieses Befundes gegenüber der Beschwerde der Erstinstanz. Auf die Prüfung der "Selbständigkeit" kann insoweit verzichtet werden.

Sieht man dagegen mit dem Reichsgericht den Beschwerdegrund als Fehler an, so muß erst noch ermittelt werden, ob dieser für sich gesehen irgend einen Einfluß auf die Entscheidung haben konnte. Mithin gerät hier das Attribut "selbständig" zum Kausalitäts-Postulat: Erst wenn der Fehler nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß sich auch der Inhalt der konkreten Beschwerdeentscheidung ändern müßte, ist der Fehler selbständig.

Aber auch über die Definition des Beschwerdegrundes hinaus hat das Adjektiv für die Qualifizierung der weiteren Beschwerde Bedeutung. Wenn verlangt wird, daß eine Sache für sich selbst Bestand haben muß, hat sie sich gegenüber etwas anderem zu behaupten, indem sie mit diesem gleichwertig ist.

Dieser dem Wort "selbständig" immanente Vergleichswert kann hier nur — da es um die Zweitbeschwerde geht — in der Erstanfechtung liegen. Gleichwertig ist die zweite Rüge aber erst dann, wenn sie an denselben Zulässigkeitsschranken gemessen wird wie die Erstbeschwerde. Damit bezieht allein der Begriff "selbständig" die Voraussetzung der Erstbe-

17) S. F. Schmidt S. 31.

18) S. oben § 1 A vor I (S. 1 d. A.).

19) Vgl. F. Schmidt S. 23.

20) ZJP 77, 22.

schwerde, insbesondere § 567, mit in die Erfordernisse der weiteren Beschwerde ein und macht sie damit zu einer Beschwerde gegen die Beschwerdeentscheidung der Vorinstanz^{21 22}.

Bei wörtlicher Auslegung des neuen selbständigen Beschwerdegrundes sind damit beide Interpretationen denkbar: Bettermann kann für seine Auffassung anführen, daß die Attribute "neu und selbständig" gerade in diese Richtung weisen. Zwar wird ihnen damit der eigenständige Charakter als subsumtionsbedürftige Einzelmerkmale genommen, doch verbleibt ihr Wert in der Hilfe zur allgemeinen Definition der weiteren Beschwerde als Rechtsmittel²³. Gerade umgekehrt spricht aber für das Verständnis des Beschwerdegrundes als Fehler, daß die Adjektive erst hierdurch eine Bedeutung als konkrete tatbestandliche Schranken erhalten und nicht bloß indizierende und regelungsumschreibende Funktion haben.

II. Fraglich ist, ob mithilfe einer systematischen Auslegung festgestellt werden kann, welcher Bedeutungsvariante der Vorzug zu geben ist.

1. Hierfür könnten sich schon aus der übrigen Regelung des § 568 Abs. 2 Hinweise ergeben.

Die Vorschrift besteht aus einem Hauptsatz und einem eingeschobenen Nebensatz. Der Hauptsatz lautet: "*Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist ... eine weitere Beschwerde nicht zulässig.*" Gegenstand der weiteren Beschwerde ist also immer nur der zweitinstanzliche Beschluß, nicht aber die Ausgangsentscheidung in der ersten Instanz. Durch die negative Formulierung "*ist nicht*" gibt der Gesetzgeber dabei zu verstehen, daß er einer Zweitanfechtung grundsätzlich ablehnend gegenüber steht und diese nur ausnahmsweise möglich sein soll²⁴.

Wann dies der Fall ist, bestimmt nun der eingeschobene Nebensatz: "*Soweit nicht in ihr ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist.*" Daß es sich dabei um eine Eröffnung der weiteren Beschwerde handelt, stellt die erneute Verneinungsform "*soweit nicht*" klar, die mit der vorhergegangenen ("*ist nicht*") eine doppelte Negation und damit eine Bejahung bildet. In Verbindung mit der Aussage des Hauptsatzes "*ist nicht zulässig*" schält sich die Erkenntnis heraus, daß der neue selbständige Beschwerdegrund als Zulässigkeitsschranke gedacht ist. Dieser wird sodann durch das Verb "*enthalten*" und die Rückbeziehung auf das Objekt des Hauptsatzes "*in ihr*" von der Vorentscheidung abhängig gemacht. Das was als Beschwerdegrund verstanden wird, darf sich nur aus dem Beschwerdebeschluß ergeben, muß allein diesem entstammen. Die indikative Verbform "*enthalten ist*" rundet das Bild ab:

21) Vgl. F. Schmidt S. 34 m. Verweis auf Fitting ZJP 2, 287.

22) S. oben § 1 A I (S. 1 d. A.).

23) Bettermann (ZJP 77, 21/22) selbst leugnet eine weitergehende Bedeutung, indem er das Wortpaar als "Pleonasmus" apostrophiert und jedes Bemühen um eine inhaltliche Differenzierung als "hoffnungslose Silbenstecherei" abtut.

24) F. Schmidt S. 10.

Der neue selbständige Beschwerdegrund ist eine spezifische Zulässigkeitsvoraussetzung der weiteren Beschwerde, dessen Vorliegen vor der Frage der Begründetheit feststehen muß.

Gerade mit dieser Aussage steht die Interpretation des RG vom neuen selbständigen Beschwerdegrund als in der Beschwerdeinstanz erstmalig begangener, entscheidungskausaler Fehler in Widerspruch. Nach dieser Definition ist der Beschwerdegrund nämlich keine Zulässigkeitsvoraussetzung mehr. Er ist vielmehr identisch mit der Erfolgsbedingung, weil dann, wenn festgestellt wird, daß ein Fehler beschwerdefähig und entscheidungskausal ist, die Begründetheit der weiteren Beschwerde unabweisbar ist. Die Sachprüfung wird auf diese Weise schon in die Zulässigkeitsprüfung vorverlagert: Entweder es gibt unzulässige Zweitanfechtungen oder nur solche, die zulässig und zugleich begründet sind. Zulässige aber unbegründete weitere Beschwerden kann es demnach nicht geben²⁵.

Man könnte versuchen, die vorliegende Interpretation dadurch in § 568 Abs. 2 einzupassen, daß man den Fehler nicht positiv feststellt, sondern ihn, wie von Kries es vorgeschlagen hat, "in die Ausführungen des Beschwerdeführers" verlegt²⁶. Dann würde – in Abweichung vom Reichsgericht²⁷ – nicht das Vorliegen eines neuen entscheidungserheblichen Fehlers in der Zulässigkeit geprüft, sondern es reichte dafür aus, daß dieser behauptet wird und möglich erscheint.

Parallelen hierfür fänden sich etwa in § 42 Abs. 2 VwGO und Art 93 Abs. 1 Nr. 4 lit a GG, wo die Zulässigkeit der jeweiligen Rechtsmittel (Verwaltungsklage, Verfassungsbeschwerde) auch von der Behauptung der Rechtsverletzung abhängig gemacht wird. Zwar hätte dies die Konsequenz, daß der Beschwerdegrund wieder als echte Sachentscheidungsvoraussetzung angesehen werden könnte. Andererseits widerspricht einer solchen Verschiebung des § 568 Abs. 2 in Richtung einer weit verstandenen "Möglichkeitstheorie"²⁸ ganz klar die indikative Formulierung der Vorschrift, wonach das Vorliegen des Beschwerdegrundes definitiv schon in der Zulässigkeit bejaht werden muß²⁹.

Gleichviel also, wie man vorgeht: Die Auslegung des neuen selbständigen Beschwerdegrundes nach dem RG kollidiert immer mit dem Sinngehalt der übrigen Vorschrift des § 568 Abs. 2.

Versteht man dagegen mit Bettermann darunter eine zur Vorinstanz andere Beschwer, so werden solche schon innerhalb der Vorschrift auftretenden Konflikte vermieden. Eine Beschwer des Anfechtungsführers ist Zulässigkeitsvoraussetzung jedes Rechtsmittel³⁰, und bevor es zur Sachentscheidung kommt, muß diese positiv festgestellt werden. Soweit allein die gesamte Regelung des § 568 Abs. 2 zum Gegenstand systematischer Auslegung gemacht wird, ist somit der Auffassung Bettermann der Vorrang einzuräumen.

25) S. oben § 1 B II (S. 9 d. A.); ebenda Fußn. 56.

26) S. 395/396.

27) Vgl. RGZ 42, 355.

28) Vgl. für § 42 Abs. 2 VwGO Ule § 33 II; für die Verfassungsbeschwerde v. Münch Art 93 Rdn. 63 jeweils mwN.

29) Vgl. im Ergebnis auch F. Schmidt S. 27.

30) Baumbach-Albers Grundz. § 511 Anm. 3 A.

2. Erweitert man das Feld der systematischen Betrachtung auf die §§ 567 — 577, also den Abschnitt in der ZPO, der die Beschwerde insgesamt regelt, so stößt man auf § 575.

Die Vorschrift besagt, daß bei begründeter Beschwerde eine Zurückverweisung mit der Maßgabe erfolgen kann, daß *“dem Gericht oder Vorsitzenden, von dem die beschwerende Entscheidung erlassen wird“*, die zur Ausführung der neuen Entscheidung erforderliche Anordnung übertragen werden kann³¹. Auf den ersten Blick erscheint als *“beschwerende Entscheidung“* nur die der Erstbeschwerde zugrunde liegende. Berücksichtigt man aber, daß die weitere Beschwerde auch nur eine Beschwerde gegen den Beschwerdebeschluß des Landgerichts ist³², so gilt § 575 auch für diese³³. Bezogen auf die dritte Instanz ist die Vorschrift dann so zu lesen: *“Bei begründeter weiterer Beschwerde kann dem Gericht, von dem der beschwerende Beschwerdebeschluß erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen werden.“*

§ 575 geht also als selbstverständlich davon aus, daß die Beschwerdeentscheidung auch eine eigene Beschwer hervorgerufen hat, wenn sie in die dritte Instanz gelangen konnte. Das ist aber nur folgerichtig, wenn es zur Eröffnung des letzten Rechtszuges auch wirklich auf das Vorliegen der Beschwer ankommt. Da dies notwendigerweise der Fall ist, wenn man als Beschwerdegrund iSv § 568 Abs. 2 gerade eine neue Beschwer verlangt, kann der Wortlaut des § 575 ebenfalls als systematisches Argument für die Auffassung Bettermanns herangezogen werden.

3. Außerhalb der ZPO ist eine Parallele des § 568 Abs. 2 nicht zu finden. In den Verfahrensregelungen, die nicht schon die weitere Beschwerde schlechthin ausschließen³⁴ und nicht auf das Beschwerderecht des Zivilprozesses verweisen³⁵, gibt es zwei Stufen von Beschränkungen für die Zweitanfechtung: Entweder ist diese als Rechtsbeschwerde konstruiert, d. h. sie kann nur darauf gestützt werden, daß die Vorentscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht. Dann ist neues Tatsachenvorbringen abgeschnitten³⁶. Oder die Zweitrüge ist neben ihrer Beschränkung auf Gesetzesverletzungen noch von einer besonderen Zulassung abhängig — in der Regel wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache oder zum Zwecke der Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung³⁷.

Eine Sonderstellung nehmen hier lediglich die §§ 87 ff ArbGG ein, die trotz entsprechender Bezeichnung mit der Beschwerde nichts gemein haben, sondern im Beschlußverfahren nur berufsungs- und revisionersetzend wirken³⁸. Ferner § 310 StPO, der die weitere Beschwerde auf inhaltlich bestimmte Arten von Beschlüssen begrenzt, nämlich solche, die die Verhaftung und einstweilige Unterbringung betreffen.

31) Baumbach-Albers § 575 Anm. 1.

32) S. oben I 3 (S. 52 d. A.). mwN Fußn. 21.

33) Unstreitig; vgl. Wieczorek § 575 Anm. B III; insbes. Schneider MDR 1978, 529.

34) Außer den oben § 1 A II 2 (S. 3 d. A.) Genannten vgl. noch § 177 SGG; § 152 Abs. 1 VwGO.

35) ZB § 96 ZVG, §§ 72, 73 Abs. 3 KO (vgl. Böhle-Stamschröder § 73 Anm. 4).

36) Etwa § 10 Abs. 3 S. 6 BRAGO, § 27 FGG, § 14 Abs. 3 S. 3 KostO.

37) Beispielsweise § 73 GWB, § 80 OWiG, § 41 p PatG, § 10 Abs. 5 GebrMG, § 13 Abs. 5 WZG (beide mit Verweis auf § 41 p PatG).

38) Stein-Jonas-Grunsky vor § 567 Rdn. 24.

Damit verbleibt es bei dem bisherigen Ergebnis. Eine systematische Auslegung innerhalb des § 568 Abs. 2 selbst und dem Regelungskontext der §§ 567 ff weist der Bettermann'schen Auslegung des Beschwerdegrundes gegenüber dem RG eindeutig Priorität zu.

III. Dieser Befund könnte durch eine historische Auslegung bestätigt werden. Dafür muß zunächst die Entwicklung der Vorschrift von der heute gültigen Fassung bis zu ihrem partikular-rechtlichen Ursprung zurückverfolgt werden. Sodann ist zu fragen, welche Absichten bzw. Normvorstellungen den Gesetzgeber zur Regelung des § 568 Abs. 2 bewogen haben und ob diese Überlegungen tatsächlich in der Gesetzesformulierung einen entsprechenden Niederschlag gefunden haben.

1. In § 568 ist der Ausschluß der Zweitanfechtung seit der Prozeßrechtsnovelle vom 17.5.1898 niedergelegt³⁹. Die fast gleichlautende Vorschrift – anstelle von *“ist ... nicht zulässig”* hieß es *“findet ... nicht statt”* – fand sich vorher in § 531 Abs. 2 der Civilprozeßordnung vom 30.1.1877⁴⁰. Wortgleich war dieser Beschwerdeausschluß schon in § 507 Abs. 2 des Regierungsentwurfs von 1874⁴¹ und als § 480 in dem Entwurf von 1871⁴² enthalten.

Diese Regelung beruhte ihrerseits auf § 608 des sog. Hannover'schen Entwurfs von 1866, der folgendermaßen formuliert war:

*“Gegen die getroffene Entscheidung findet, soweit nicht darin ein neuer selbständiger Grund zur Beschwerde enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht statt.”*⁴³

Dem lag ein Referentenentwurf zugrunde, der noch einen etwas anderen Wortlaut hatte:

*“Gegen die über die Beschwerde getroffene Entscheidung findet, soweit dieselbe nicht selbständig einen Grund zur Beschwerde enthält, eine weitere Beschwerde nicht statt.”*⁴⁴

Damit ist es nur noch ein Schritt zur eigentlichen Quelle des heutigen § 568 Abs. 2, nämlich zu der entsprechenden Vorschrift des § 456 der hannöverschen Allgemeinen bürgerlichen Processordnung vom 8.11.1850, dessen Abs. 3 lautete⁴⁵:

*“Gegen die abgegebene Entscheidung findet, insoweit dieselbe nicht einen Grund zur Beschwerde darbietet, kein weiteres Rechtsmittel Statt.”*⁴⁶

39) RGBI S. 256 (279) in der Fassung der Neubekanntmachung vom 20.5.1898, RGBI S. 410 (517).

40) RGBI S. 83 (178).

41) Hahn-Stegemann S. 64.

42) F. Schmidt S. 12.

43) Petersen-Struckmann Textausgabe ebenda.

44) Vgl. Fitting ZJP 2, 288.

45) Zum Hinweis auf diese Vorschrift und auf Art 777 der württembergischen Processordnung von 1868 s. Begründung des Entwurfs von 1871, S. 431.

46) Vgl. die Textausgabe ebenda.

Diese Aneinanderreihung der verschiedenen Formulierungen für dieselbe Regelung gibt Aufschluß über die Fragen, welche noch aus der grammatischen Auslegung des neuen selbständigen Beschwerdegrundes offen geblieben sind:

Wenn infolge der Zusammenschreibung der Nomen "*Beschwerde*" und "*Grund*" nicht klar war, ob sich dahinter ein im Genitiv oder Dativ dekliniertes Hauptwort "*Beschwerde*" verbirgt, so wird diese Unsicherheit durch die Vorläufer des § 568 Abs. 2 beseitigt. Der Beschwerdegrund ist hiernach immer der Grund "*zur*" Beschwerde, also mit dem identisch, was oben als "*Ursache*" der Beschwerde bezeichnet wurde⁴⁷ — nämlich der Beschwer⁴⁸.

Notwendigerweise verlieren infolgedessen auch die Adjektive "*neu*" und "*selbständig*" ihre Bedeutung als eigenwertige Qualifikationen gerade für den Beschwerdegrund. Sie verstärken nur, daß die Beschwer der Zweitentscheidung eine im Verhältnis zur Vorinstanz andersartige sein muß und haben ferner Bedeutung für das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde als solches⁴⁹.

Das Verständnis vom lediglich regelungsumschreibenden Charakter dieser Attribute muß auch bei den Kommissionsmitgliedern vorgeherrscht haben, die die Formulierung des Referentenentwurfs so zum § 608 des endgültigen Hannover'schen Entwurfs umgestalteten, daß nunmehr neben dem Begriff "*selbständig*" auch das bislang nicht verwendete Wort "*neu*" eingefügt wurde⁵⁰. Anders ist es nämlich nicht zu erklären, daß sich in den "Hannover'schen Protocollen" der Antrag eines Abgeordneten findet, das Wort "*neu*" zu streichen, "weil in den Worten, 'neuer selbständiger' ein Pleonasmus liege, und diese Fassung zu Mißverständnissen Anlaß gebe"⁵¹. Zu einem solchen Antrag — der später abgelehnt wurde — wäre es gar nicht gekommen, wenn die "Neuheit" ein echtes Tatbestandsmerkmal hätte darstellen sollen; denn dann wäre auch die Annahme eines "Pleonasmus" abwegig gewesen. Der Antrag bekommt nur dann einen Sinn, wenn man in ihm den Zweifel sieht, ob durch die Hinzufügung des Wortes "*neu*" eine solchermaßen verstärkte (pleonastische) Formulierung der Andersartigkeit des Beschwerdegrundes überhaupt erforderlich sei.

Anhand der Entwicklung des Gesetzeswortlautes läßt sich damit die grammatische Interpretation des "neuen selbständigen Beschwerdegrundes" nach der Auffassung Bettermanns als Ausdruck für eine difforme Beschwer verifizieren.

47) S. oben vor I (S. 49 d. A.).

48) S. oben I 1 (S. 50 d. A.).

49) S. oben I 2, 3 (S. 51 d. A.).

50) Diese Interpretation auch bei Fitting ZJP 2, 284.

51) Hannover'sche Protocolle S. 4379.

2. Sucht man nach der Absicht, die der historische Gesetzgeber mit der Regelung des § 568 Abs. 2 verband, so stößt man in der Begründung des Regierungsentwurfs von 1874 bei § 507 auf folgenden Satz: "Diese Vorschrift entspricht der Ausschließung der Revision gegen gleichlautende Urtheile der beiden unteren Instanzen"⁵². Das ist ein Verweis auf § 485 Abs. 1 des Entwurfs. Dieser lautet:

*"Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile statt, soweit durch dieselbe die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz abgeändert oder die Berufung als unzulässig verworfen ist."*⁵³

Hierzu heißt es in der Begründung: "Daß das Erfordernis der Difformität in den Vorentscheidungen ein wirksames Mittel ist, das Revisionsgericht vor einer Überbürdung mit Geschäften zu bewahren, ergeben die Ermittlungen der königl. preuß. Justizverwaltung"⁵⁴... Richtig ist allerdings, daß das Revisionsgericht in jedem einzelnen Fall die Vorfrage zu prüfen haben wird, ob eine Difformität der Urtheile vorhanden sei ...

Die Zulassung der Revision in dem Falle, daß die Berufung als unzulässig verworfen ist, war durch die Erwägung geboten, daß eine Konformität der Vorentscheidungen nicht als vorhanden angenommen werden kann, wenn das Berufungsgericht bestätigt, weil es die Berufung für unstatthaft erachtet ..." ⁵⁵.

Der Gesetzgeber wollte also die weitere Beschwerde mit der ursprünglich vorgesehenen⁵⁶ Revisionszulassung gleichschalten. Wie diese, sollte die Zweitanfechtung nur dann möglich sein, wenn die zwei Vorentscheidungen "difform" waren. Dabei wurde es offenbar als "Difformität" angesehen, wenn sowohl die zweite Entscheidung die erste abänderte (§ 485 Abs. 1 1. Alt.), als auch dann, wenn nur in einer Instanz eine Sachentscheidung getroffen wurde, weil die andere durch die Verwerfung als unzulässig ein Eingehen auf den Antrag abgelehnt hatte (§ 485 Abs. 1 2. Alt.).

3. Fraglich ist, ob diese Regelungsabsicht des Gesetzgebers in § 568 Abs. 2 tatsächlich ihren Niederschlag gefunden hat.

52) Hahn-Stegemann S. 375.

53) Hahn-Stegemann S. 62.

54) Hahn-Stegemann S. 363.

55) Hahn-Stegemann S. 364.

56) Später wurde die Zulässigkeitschranke in Gestalt difformer Vorentscheidungen ersetzt durch die Bestimmung einer Revisionssumme (heute § 546 Abs. 1 S. 1); vgl. Hahn-Stegemann S. 721 – 733; 981; 1023 – 1035; 1108 – 1111. Zum – erfolglosen – Versuch des Abgeordneten Struckmann, dieses Prinzip später auch bei der weiteren Beschwerde einzuführen, um so die ursprüngliche Gleichartigkeit den Voraussetzungen der beiden Rechtsmittel wieder herzustellen, Hahn-Stegemann S. 1035/1036.

Das Reichsgericht, das in seiner Entscheidung⁵⁷ unter Beschwerdegrund den "Fehler" verstand⁵⁸, verneinte dies, wenn es in dem Beschluß heißt, daß die Regelungsabsicht des Gesetzgebers "in dem Gesetzesentwurfe selbst ... nicht ausgesprochen" sei.

Aus der Formulierung des § 485 Abs. 1 schloß das RG: "Die auf die Zulässigkeit der Revision bezügliche Vorschrift hat ... einen ganz anderen Inhalt, als die Bestimmung über die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde, und deshalb fehlt jeder Anlaß zu der Annahme, daß für die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde dasselbe gelten sollte, wie für die Zulässigkeit der Revision"⁵⁹.

Diese strikte Leugnung eines Regelungszusammenhanges zwischen den Vorschriften der Revisionszulassung und derjenigen der weiteren Beschwerde kann angesichts der eindeutigen Begründung zu § 507 des Entwurfs⁶⁰ nur als bewußter Abbruch der Argumentation des Gerichts gewertet werden, um das Ergebnis – die Zulassung der Verfahrenszweitbeschwerde – vorzubereiten: Statt dessen hätte weitergefragt werden müssen, ob die auf den ersten Blick so verschiedenen Alternativen des § 485 Abs. 1 des Entwurfs nicht möglicherweise ein gemeinsames Charakteristikum aufweisen und durch welche Auslegung des neuen selbständigen Beschwerdegrundes dies zum Ausdruck kommen kann.

a) § 485 Abs. 1 1. Alt. des Entwurfs ließ die Revision bei abändernder Zweitentscheidung zu. Es mußten hiernach nicht nur beide Instanzen in der Sache entschieden haben, sondern die zweite mußte in ihrem rechtskraftkräftigen Inhalt und ihrer Tragweite von der ersten abweichen. Bei der Abweisung als unbegründet sollte die Revision nicht zulässig sein. Dahinter verbirgt sich das eigentliche Difformitätsprinzip, von dem auch schon die Motive zu dieser Stelle sprechen⁶¹ und das, wie F. Schmidt erschöpfend nachweist⁶², im gemeinen Zivilprozeßrecht eine lange Tradition hatte. Danach herrschte der Satz, daß gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse, "*contra duas conformes sententias*", eine weitere Appellation nicht zulässig sei, sondern daß dieselbe Partei nur dann zum dritten Male appellieren könne, wenn "*sententiae diffformes*" vorlägen⁶³.

Anders dagegen § 485 Abs. 1 2. Alt. des Entwurfs: Hier sollte die Revision stattfinden, weil die Zweitinstanz als unzulässig verworfen hat. Bettermann weist nach, daß dies gerade kein Fall difformer Entscheidung ist, weil in Wirklichkeit nur einmal auf die Sache eingegangen worden ist. Das Berufungsgericht hat ja wegen der Rechtsmittelverwerfung eine Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils abgelehnt⁶⁴.

57) RGZ 42, 352.

58) S. oben vor I (S. 49 d. A.).

59) RGZ 42, 353.

60) S. oben 2 (S. 57 d. A.).

61) S. oben 2 (S. 57 d. A.).

62) S. 14 – 20

63) F. Schmidt S. 14.

64) Bettermann ZJP 77, 8/10.

Wenngleich damit noch keine echte Difformität iSd § 485 Abs. 1 1. Alt. vorliegt, ist die Verwerfungsentscheidung aber auch nicht mehr mit der ersten Instanz konform, weil sie von ihr abweicht.

Damit wird deutlich, worin die Gemeinsamkeit der beiden Tatbestände des § 485 Abs. 1 besteht: Beide Arten von revisionsfähigen Entscheidungen sind im Verhältnis zur Vorinstanz nichtkonform, nichtkonvergent⁶⁵. Wenn nun die Motive auch den Fall der Berufungsverwerfung als "difforme" Entscheidung ansehen⁶⁶, so ergibt sich daraus, daß der Begriff der Nichtkonformität mit der Difformität gleichgestellt wird. Unbewußt wird also das ursprüngliche Difformitätsprinzip unter Beibehaltung dieses Begriffes zum Nichtkonformitätsprinzip ausgeweitet.

Für diese begriffliche Unklarheit lassen sich in den Protokollen zum Regierungsentwurf ebenfalls Belege finden. So wird die Auffassung des Abgeordneten Struckmann, der die Regelung des § 485 heftig bekämpfte, folgendermaßen wiedergegeben: "Endlich solle die Revision nach § 485 Abs. 1 nur gegen solche Entscheidungen der Oberlandesgerichte stattfinden, durch welche die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert oder die Berufung als unzulässig verworfen werde; außerdem in den wenigen Fällen des Abs. 2. — Dies Prinzip der difformen Urtheile ... habe im Reichstag und in fast allen Kritiken des Entwurfs Widerspruch gefunden ... Die Ansicht der Motive, daß die Parteien sich zufrieden geben müßten, wenn von zwei ordnungsmäßig besetzten Gerichten gleichmäßig gegen sie erkannt sei, wäre nur richtig, wenn die im Tenor gleichlautenden Urtheile auch stets in den Gründen übereinstimmten ...⁶⁷ Beseitigte man das Prinzip der *duae difformes*, so sei eine Kompensation erforderlich ... Hierdurch (= die Revisionssumme) werde ... etwa die Hälfte aller landgerichtlichen Sachen dem höchsten Gericht entzogen werden, mithin ungefähr eben so viel, wie nach den Motiven durch die Ausschließung der Revision bei konformen Urtheilen"⁶⁸. Etwas später wird die Auffassung des Direktors von Amberg, eines scharfen Gegners des Prinzips der Revisionssumme, referiert: "Anlangend den § 485, so sei das Prinzip der *duae conformes* das geringere Übel. Man könnte den Parteien an sich nur ein Recht auf zwei geordnete Instanzen zugestehen. Auf eine dritte stehe ihnen nur insoweit ein Recht zu, als gleichzeitig der Staat ein Interesse an der Einheit des Rechts habe. Letzteres trete in erster Linie gegen difforme Erkenntnisse hervor. Seien zwei Instanzen aus verschiedenen Gründen zu konformer Entscheidung gelangt, so dürfte man annehmen, daß der Anspruch aus mehreren Gründen unhaltbar sei"⁶⁹.

Struckmann meint also die Nonkonformität, wenn er von der "Difformität" sprach. Er verwendet beide Begriffe synonym. Der Gegensatz dazu ist die Konformität.

65) Bettermann ZP 77, 10/11.

66) S. oben 2 (S. 57 d. A.).

67) Hahn-Stegemann S. 722.

68) Hahn-Stegemann S. 723.

69) Hahn-Stegemann S. 727.

Von Amberg verstand im Grunde genommen den Inhalt der Vorschrift genauso. Wenn man aber nicht genau wußte, daß er von § 485 Abs. 1 sprach, könnte man glauben, er habe nur den engen Difformationsbegriff des gemeinen Prozeßrechts — also ausschließlich der Rechtsmittelverwerfung wiederholt. Nach beiden Meinungen ist § 485 Abs. 1 durch folgende Formel auszudrücken (unter Berücksichtigung sowohl des positiven, revisionszulassenden, wie auch des negativen, rechtsmittelbeschränkenden Charakters der Norm⁷⁰): Die Revision findet statt gegen nonkonforme Vorentscheidungen, sie ist ausgeschlossen bei konformen Sachurteilen.

Das gemeinsame Charakteristikum der Tatbestandsvoraussetzungen in § 485 Abs. 1 1. Alt. und 2. Alt. liegt damit in dem Begriff der Nonkonformität.

b) Wenn nun der mit dem heutigen § 568 Abs. 2 identische § 507 des Regierungsentwurfs nach dem Willen des Gesetzgebers "der Ausschließung der Revision gegen gleichlautende Urtheile entspricht"⁷¹, dann müßte das Erfordernis nonkonformer Vorentscheidungen mit einer der möglichen Auslegungsvarianten des "neuen selbständigen Beschwerdegrundes" zur Deckung gebracht werden können.

Sieht man darin mit dem Reichsgericht⁷² einen zuerst auf der Ebene des Beschwerdegerichts begangenen, entscheidungskausalen error, ist das nicht möglich. Der im Verhältnis zur Vorinstanz noch nicht vorgekommene Fehler ist zwar als solcher "difform" gegenüber den bisherigen, er führt möglicherweise auch zu einer sachlich falschen Entscheidung. Ob aber gerade diese selbst — in Form des Beschwerdebeschlusses — hinsichtlich ihres rechtskräftigen Inhalts und ihrer Tragweite von der erstinstanzlichen Entscheidung abweicht oder mit ihr übereinstimmt, also nonkonform oder konform ist, steht damit keinesfalls fest. Hierauf sollte es jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers parallel zur Revisionszulassung ankommen.

Wird dagegen die Interpretation Bettermanns vom neuen selbständigen Beschwerdegrund als durch den Beschwerdebeschluß geschaffene, im Verhältnis zur Vorinstanz andersartige Beschwer übernommen, so sind alle Fälle des § 485 Abs. 1 des Regierungsentwurfs abgedeckt⁷³:

Jede die Vorinstanz abändernde Entscheidung (1. Alt.) schafft für den Prozeßbeteiligten, zu dessen Lasten die Veränderung eintritt, eine selbständige Beschwer. Diese ist im Hinblick auf die Modifikation der Entscheidung auch anders als die bisherige.

70) Bettermann (ZZP 77, 12) sieht den Schwerpunkt der Aussage gerade in letzterem, also in dem Revisionsausschluß.

71) S. oben 2 (S. 57 d. A.).

72) RGZ 42, 352 (353).

73) Vgl. im folgenden Bettermann ZZP 77, 19 — 21.

Bei der Rechtsmittelverwerfung (2. Alt.) tritt ebenfalls eine vorher nicht existente Beschwer ein. Wenn in einer Instanz eine Sachentscheidung ergangen ist, so ergab sich aus ihrer inhaltlichen Wirkung die Niederlage des Verfahrensbeteiligten. Wurde dagegen auf der Beschwerdeebene eine Erneuerung des Rechtsstreites abgelehnt, so liegt hierin die Niederlage, die — wenn auch nicht so belastend wie die erste, weil an der Sachentscheidung nichts geändert wird — trotzdem eine völlig andere ist.

Haben dagegen beide Vorgerichte in Inhalt und Tragweite gleich entschieden⁷⁴ (*duae conformes sententiae*), so entsteht keine neue Beschwer. Die durch die Erstinstanz geschaffene wird lediglich wiederholt, d. h. die Auswirkung der alten Entscheidung bestätigt, nicht aber verändert.

Damit hat — im Gegensatz zur Auffassung des RG — in § 568 Abs. 2 der gesetzgeberische Wille, die ursprünglichen Revisionsschranken auch auf die weitere Beschwerde zu übertragen, durchaus Niederschlag gefunden. Dies allerdings nur, wenn man die Bettermann'sche Auslegung des neuen selbständigen Beschwerdegrundes zugrunde legt.

Zusammenfassend sprechen nach der historischen Auslegung des § 568 Abs. 2 nicht nur die Entwicklung des Gesetzeswortlauts, sondern auch die in der Vorschrift zum Ausdruck gekommene Regelungsabsicht für das Verständnis des neuen selbständigen Beschwerdegrundes als andersartige Beschwer.

IV. Anhand einer teleologischen Auslegung ergibt sich, durch welchen der mittels grammatischer Interpretation gefundenen Inhalte einer Rechtsvorschrift das in Frage stehende Regelungsziel in sachgemäßer Weise erreicht wird⁷⁵. Dieses Regelungsziel besteht bei § 568 Abs. 2 darin, eine Zulässigkeitsschranke aufzubauen, die bestimmte Streitigkeiten, welche schon zwei Instanzen in Anspruch genommen haben, ein für allemal beendet, andere aber einer dritten Instanz zugänglich macht, weil hier der Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit überwiegt oder die Bedeutung des Streits für die Rechtsentwicklung bzw. -vereinheitlichung es erfordert.

1. Zweifelhaft erscheint, ob dieses Ziel erreicht wird, wenn man mit dem Reichsgericht unter dem neuen selbständigen Beschwerdegrund einen im Verhältnis zur Vorinstanz andersartigen Fehler versteht. Dann würde der Zweitbeschwerdeführer, nachdem festgestellt worden wäre, daß auch das Beschwerdegericht einen Rechtsverstoß begangen hat, nur deswegen abgewiesen, weil dieser Fehler mit demjenigen der Erstinstanz identisch ist. Daß beide Vorentscheidungen unrichtig sind, steht andererseits aber fest, da die der Prüfung der "Neuheit" vorgelagerte Bejahung eines Beschwerdegrundes die Fehlerhaftigkeit voraussetzt. M. a. W. wird dem Rechtsuchenden gleichzeitig mit Ablehnung seines weiteren

74) Was bei der Beschwerdeabweichung als unbegründet nicht notwendigerweise der Fall ist, vgl. oben § 1 A III 3 a, b (S. 5 f d. A.).

75) Vgl. Larenz S. 323.

Rechtsschutzbegehrens bescheinigt, daß sein Antrag bereits in den Vorinstanzen begründet war. Solche Entscheidung müßte den Eindruck einer Rechtsverweigerung hervorrufen, denn der Grund für die Zweitbeschwerdeabweisung läge gerade nicht in der Inhaltsrichtigkeit der Vorentscheidungen, sondern umgekehrt in der — wenn auch gleichartigen — Fehlerhaftigkeit.

Auch warum demgegenüber bei einem Beschwerdebeschluß, der an einem andersartigen Rechtsverstoß als die Entscheidung des AG leidet, die weitere Beschwerde möglich sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Hier läßt sich im Verhältnis zum erstgenannten Fall weder ein besonderes Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit konstatieren, noch kann bei zwei völlig verschiedenen Rechtsfehlern überhaupt die Frage nach Rechtsvereinheitlichung auftauchen.

Das Verständnis vom neuen selbständigen Beschwerdegrund als andersartiger Fehler würde damit ein willkürliches Zulässigkeitskriterium schaffen, das dem Regelungsziel des § 568 Abs. 2 nicht entspricht⁷⁶.

2. Anders dagegen, wenn man in dem neuen selbständigen Beschwerdegrund die ausnahmsweise Zulassung der Zweitanfechtung bei Vorliegen einer diffformen Beschwer sieht.

Dann würde der Beschwerdeführer nicht abgewiesen, weil die Vorentscheidungen gleichermaßen falsch waren, sondern weil ihre inhaltliche Identität die Vermutung der Richtigkeit in sich trägt. Das Kriterium der Beschwerdeabweisung wäre also nicht die Fehlerhaftigkeit, sondern die inhaltliche Richtigkeit der Vorentscheidungen. In einer solchen Situation ist dem Postulat der Einzelfallgerechtigkeit hinreichend Genüge getan, so daß es einer weiteren Streitverlängerung in Form einer dritten Instanz nicht mehr bedarf.

Hat dagegen nur eine Instanz sachlich entschieden, während von der anderen ein Eingehen auf den Streitgegenstand versagt wurde, oder belastet die Zweitentscheidung den Anfechtenden stärker als die erste, so greift die Vermutung der Richtigkeit nicht durch. Der Rechtsmittelführer hat hier gerade keine zwei Instanzen gegen sich, so daß die Frage einer gerechten Einzelfallentscheidung noch nicht hinreichend beantwortet ist. Zudem stellt sich bei inkongruenten Entscheidungen in derselben Sache die Frage der Rechtsvereinheitlichung in besonderem Maße, so daß ebenfalls von daher eine Zweitbeschwerdezulassung gerechtfertigt ist.

Damit zeigt sich auch bei der teleologischen Auslegung des § 568 Abs. 2, daß die Meinung Bettermanns Vorrang vor der des RG beansprucht.

76) Vgl. im Ergebnis Bettermann ZZP 77, 34.

V. Zuletzt könnte aber das Gebot verfassungskonformer Auslegung⁷⁷ dazu zwingen, der in RGZ 42, 352 vertretenen Meinung des Reichsgerichts zu folgen. Dafür spricht, daß auf diesem Wege – unter Berücksichtigung des § 577 Abs. 2 S. 3, woraus sich die Beschwerdefähigkeit von Verfahrensfehlern ergibt⁷⁸ – zwanglos eine Verzögerungsbeschwerde herzuweisen ist. D. h. daß hierdurch entsprechend dem oben festgestellten rechtspolitischen Bedürfnis⁷⁹ die Mehrzahl der durch Verfahrensfehler begangenen Verfassungsrechtsverletzungen noch innerhalb der Fachgerichte korrigiert werden können, ohne daß der Rechtsmittelführer den Weg der Verfassungsbeschwerde beschreiten muß.

Ein solches Vorgehen kann für sich auch die Ausführungen eines schon mehrfach zitierten⁸⁰ Verfassungsgerichtsbeschlusses⁸¹ zu dieser Frage in Anspruch nehmen.

Darin heißt es: "§ 568 Abs. 2 läßt eine Auslegung dahin zu, daß diese Voraussetzung auch dann gegeben ist, wenn das Verfahrensrecht des Art 103 Abs. 1 GG durch die Vorinstanz als verletzt gerügt wird. Diese Auffassung ... ist unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Grundrechtsschutzes verfassungsrechtlich geboten⁸² Bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist diejenige zu wählen, die dem Gericht ermöglicht, die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten durchzusetzen und zu verwirklichen⁸³ Dem Gebot der Erschöpfung des Rechtsweges entspricht die Pflicht der Gerichte, etwaige im Instanzenzug eingetretene Grundrechtsverstöße selbst zu beseitigen"^{84 85}.

Die Bejahung der reichsgerichtlichen Meinung aufgrund verfassungskonformer Auslegung begegnet aber zwei schwerwiegenden Bedenken:

1. Voraussetzung für die an den Prinzipien und Wertentscheidungen des Grundgesetzes ausgerichtete Deutung ist, daß diese nicht den anderen Kriterien zur Bestimmung des Inhalts einer Vorschrift zuwider läuft. Die verfassungskonforme Auslegung, wenn sie Auslegung bleiben will, darf sich nicht über die Grenzen hinwegsetzen, die sich aus dem Bedeutungszusammenhang und dem Zweck des Gesetzes ergeben⁸⁶. Verstanden als "Fehler" wäre dies beim neuen selbständigen Beschwerdegrund des § 568 Abs. 2 aber der Fall. Wie inzwischen feststeht, wird diese Auslegung allein durch die grammatische Unklarheit des zusammengesetzten Hauptwortes "*Beschwerdegrund*" in dem aktuellen Gesetzeswortlaut ermöglicht⁸⁷; sie steht aber in eindeutigen Widerspruch sowohl zu systematischen als auch subjektiv-historischen bzw. objektiv-teleologischen Kriterien. Schon von daher ver-

77) S. Larenz S. 329.

78) S. oben vor I (S. 48 d. A.).

79) Vgl. oben § 2 E II (S. 44 ff d. A.).

80) S. oben § 1 Fußn. 59 (S. 9 d. A.) Fußn. 65 (S. 10 d. A.); § 2 E II 1 a (S. 44 f d. A.).

81) BVerfGE 49, 252.

82) BVerfGE 49, 252 (256).

83) BVerfGE 49, 252 (257).

84) BVerfGE 49, 252 (259).

85) So auch Zöller-Schneider § 568 Anm. II 4.

86) Larenz S. 329 mwN.

87) S. oben I 1 (S. 50 d. A.).

bietet sich also eine Heranziehung des vom Reichsgericht vorgeschlagenen Verständnisses vom neuen selbständigen Beschwerdegrund als bisher nicht vorgekommener entscheidungskausaler Fehler.

2. Zweifel ergeben sich ferner daran, ob eine solche Auslegung ihrerseits verfassungsgemäß wäre. Zwar würde hierdurch die rechtspolitisch gebotene Korrektur auch der grundrechtsrelevanten Verfahrensfehler erreicht. Diese Ausnahmefälle könnten also "verfassungskonform" bewältigt werden. Die weitaus häufigeren Zweitanfechtungen, mit denen die materiell-rechtlich begründete Unrichtigkeit der Vorentscheidungen zur erneuten Prüfung gestellt werden, müßten dann aber an derselben Zulässigkeitsschranke diffomer Rechtsverletzungen gemessen werden. Wie gezeigt, wäre – da es nicht mehr auf die Nonkonformität der Entscheidungsinhalte ankäme – eine weitere Beschwerde mangels "Neuheit" des Fehlers unzulässig, wenn dieselbe Rechtsverletzung in zwei Instanzen begangen worden ist, obwohl für den Rechtsmittelführer vielleicht zwei unterschiedliche Beschwerden vorliegen⁸⁸.

Ob eben diese Behandlung noch dem Willkürverbot des Art 3 Abs. 1 GG entspräche, erscheint jedoch zweifelhaft. Äußerlich gesehen läge keine Ungleichbehandlung vor, weil alle Zweitbeschwerden derselben Zulassungsvoraussetzung unterworfen wären. Dem Gleichheitssatz ist jedoch nicht schon dann genügt, wenn die Betroffenen dem Gesetzeswortlaut nach gleich behandelt werden; entscheidend sind vielmehr der sachliche Gehalt der Vorschrift und ihre Wirkung. Ergibt sich aus der praktischen Auswirkung einer Norm eine sachlich nicht mehr zu rechtfertigende Ungleichheit und ist diese ungleiche Auswirkung gerade auf die rechtliche Gestaltung der Norm zurückzuführen, so widerspricht diese dem Gleichheitssatz⁸⁹. Daß es nun nicht sachgemäß wäre, ausgerechnet die wiederholten Rechtsverletzungen von der weiteren Anfechtbarkeit auszunehmen, ist bereits erläutert worden⁹⁰. Der im Sinne von "Fehler" verstandene Beschwerdegrund als Tatbestandsmerkmal des § 568 Abs. 2 würde also in bestimmten Fällen zur sachlich nicht gerechtfertigten, willkürlichen Ungleichbehandlung führen. Nur um die Ausnahmen der Verfahrensfehler aufhebbar zu machen, würde hinsichtlich der Regelfälle materieller Verletzungen der Verstoß gegen Art 3 Abs. 1 GG in Kauf genommen.

Eine Auslegung aber, die einen nur untergeordneten Teilaspekt des Normbereichs einer Vorschrift dadurch zu lösen sucht, daß sie für den übrigen die Verfassungswidrigkeit der Rechtsregel hervorruft, verdient nicht das Prädikat "verfassungskonform"⁹¹.

88) S. oben IV (S. 61 d. A.).

89) BVerfGE 8, 51 (64); 24, 300 (358); BVerfG NJW 1979, 151 (153).

90) S. oben IV 1 (S. 61 f d. A.).

91) Daher kommt es wohl auch nicht von ungefähr, daß die Gerichte, soweit es nicht um Verfahrenszweitbeschwerden geht, die Zulässigkeit des Rechtsmittels streng nach der Diffomität der Beschwerden durch die Vorentscheidungen beurteilen, vgl. dafür die Nachw. oben § 1 Fußn. 24 (S. 4); Fußn. 34 (S. 6 d. A.).

Auch diese Auslegungsart kommt also zugunsten des Reichsgerichts nicht in Ansatz.

Als Zwischenergebnis läßt sich damit folgendes festhalten:

In § 568 Abs. 2 wird der Grundsatz ausgesprochen, daß eine weitere Beschwerde nur dann zulässig ist, wenn die Entscheidung des Beschwerdegerichts zu einer neuen Beschwerde führt, welche von derjenigen der Erstinstanz abweicht. Diese neue Beschwerde liegt dann nicht vor, wenn der abweisende Beschwerdebeschluß die Amtsgerichts-Entscheidung nur wiederholt, ohne die Rechtslage des Beschwerdeführers selbst zu verändern. In solchen Fällen ist also eine weitere Beschwerde ausgeschlossen. Dagegen ist eine neue Beschwerde gegeben, wenn entweder zwei Sachentscheidungen vorliegen, die in ihrem rechtskräftigen Inhalt bzw. ihrer Tragweite voneinander abweichen oder wenn nur einmal auf den Streitgegenstand eingegangen, während in der anderen Instanz des Gesuch als unzulässig verworfen worden ist. Dieser von Bettermann vertretenen Auffassung ist nach Auslegung des § 568 Abs. 2 zuzustimmen.

Demgegenüber findet die in RGZ 42, 352 niedergelegte Auffassung keinen Rückhalt im Gesetz, wonach unter dem neuen selbständigen Beschwerdegrund iSv § 568 Abs. 2 die auf Beschwerdeebene begangene, bisher noch nicht vorgekommene und entscheidungskausale Rechtsverletzung zu verstehen ist. Diese Interpretation ist abzulehnen. Folglich ist der darauf aufbauenden Begründung der Verfahrenszweitbeschwerde die Grundlage entzogen. Wenn der Beschwerdegrund nicht gleichbedeutend mit "Fehler" ist, so kommt es nicht mehr darauf an, ob als "Rechtsverletzungen" eines solchermaßen verstandenen Tatbestandsmerkmals auch Verfahrensfehler anzusehen sind. Durch einfache Subsumtion unter § 568 Abs. 2 läßt sich die Verfahrenszweitbeschwerde nicht gewinnen.

B. Der Verfahrensfehler als neue selbständige Beschwer

Wenn die auf Verfahrensfehler gestützte weitere Beschwerde nicht unmittelbar aus dem Tatbestandsmerkmal "Beschwerdegrund" hergeleitet werden kann, so fragt sich, ob das über den zugrundeliegenden Begriff der Beschwer möglich ist. Wie schon eingangs⁹² erwähnt, lehnt Bettermann auch dies ab. Hiernach kommt es für die Bestimmung der Beschwer allein auf den Inhalt und die Wirkungen der Entscheidung an. Sei es aufgrund des Verfahrensfehlers aber zu einer Beschwerdeentscheidung gekommen, die sich weder in ihrem rechtskraftfähigen Gehalt noch in ihrer Auswirkung auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers von derjenigen der Erstinstanz unterscheide, so liege eben keine difforme, sondern nach § 568 Abs. 2 unanfechtbare konforme Beschwerde vor⁹³.

92) S. oben § 1 B II (S. 8 d. A.).

93) S. Bettermann ZJP 77, 39; ZJP 82, 67.

In Literatur und Rechtsprechung finden sich hierzu Gegenpositionen. Diese sehen zwar wie Bettermann in dem neuen selbständigen Beschwerdegrund das Postulat der andersartigen Beschwer, bejahen aber trotzdem die Verfahrensweitenanfechtung — mit unterschiedlichen Begründungen —, weil die neue Beschwer gerade durch den Prozeßfehler hervorgebracht werde.

I. F. Schmidt stellt in seiner Dissertation zunächst fest, daß der Beschwerdegrund sich mit dem gemeinrechtlichen "gravamen", d. h. mit der Beschwer decke und "also in dem Sinne verstanden werden müsse, wie er als Voraussetzung jedes Rechtsmittels notwendig ist"⁹⁴. Zur Begründung der Verfahrensweitbeschwerde führt er sodann das schon von RGZ 42, 352 bekannte Argument an⁹⁵, wonach sich die selbständige Beschwerdefähigkeit von Prozeßfehlern aus § 577 Abs. 2 S. 3 ergebe⁹⁶. Die für § 568 Abs. 2 erforderliche neue Beschwer wird schließlich auf folgende Erwägung gestützt:

"Gegen das Prozeßgesetz, § 570 ZPO, handelt der Beschwerderichter, und gibt damit dem Beschwerdeführer einen neuen Grund zur Unzufriedenheit, der die Anfechtung der Beschwerdeentscheidung für sich allein trägt, vor allem immer auch dann, wenn er es unterlassen hat, auf die in der Beschwerde neu vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel, sie prüfend, einzugehen"⁹⁷.

Die von Schmidt als "Grund zur Unzufriedenheit" übersetzte Beschwer steht also in einer notwendigen Verbindung — "damit" — zu dem Verfahrensfehler. Das Bindeglied hierfür muß in der angefochtenen Entscheidung selbst liegen, denn nur diese äußert irgendwelche Wirkungen gegenüber dem Rechtsmittelführer. Wenn das nicht der Inhalt des Richterspruchs ist — davon ist bei Schmidt nicht die Rede — so bleibt nur die Möglichkeit, daß die Beschwer von der Unrichtigkeit des Judiziums abhängig sein soll.

Im Gegensatz zu Bettermann ist die Beschwer bei Schmidt also kein Resultat des Entscheidungsinhalts, sondern eine zwingende Konsequenz der Fehlerhaftigkeit⁹⁸ der Entscheidung: Die Beschwer wird nicht durch das hervorgebracht, was der Richterspruch aussagt, sondern allein durch die Tatsache, daß die Entscheidung sachlich falsch ist⁹⁹.

94) F. Schmidt S. 26.

95) Vgl. oben A vor I (S. 48 d. A.).

96) F. Schmidt S. 63/64.

97) F. Schmidt S. 65.

98) Die Begriffe "Unrichtigkeit" und "Fehlerhaftigkeit" werden synonym gebraucht; sie drücken aus, daß der Prozeßfehler zu einer objektiv falschen Entscheidung geführt hat. So auch Bettermann ZJP 82, 67.

99) Dieses Verständnis der Beschwer findet sich auch in einem obiter dictum des RG (RGZ 126, 261, 263), wo der Satz aufgestellt wurde, es sei dem Gegner einer in ungesetzlicher Weise vertreten gewesenen Partei gestattet, den Mangel der gesetzlichen Vertretung mit der Revision nach § 551 Nr. 5 zu rügen, auch wenn der Revisionsführer vor dem Berufungsgericht obsiegt habe. Zur Kritik hieran Bettermann ZJP 82, 68; Ohndorf S. 42.

Die Brücke von der Beschwer über die Unrichtigkeit zum Verfahrensfehler ist damit aber noch nicht komplett, denn der Prozeßverstoß führt nur möglicherweise zur Unrichtigkeit der Entscheidung¹⁰⁰. Den Zusammenhang kann Schmidt nur dann annehmen, wenn er auf eine besondere Kausalitätsprüfung zwischen dem Fehler und der Unrichtigkeit der Entscheidung verzichtet und diese – offenbar in Anlehnung an die §§ 539, 551 – angesichts der Schwere des Fehlers stillschweigend voraussetzt¹⁰¹.

Wenn so der Verfahrensfehler mit der Unrichtigkeit des Richterspruchs und diese ihrerseits mit der Beschwer untrennbar verkoppelt sind, ist es nur folgerichtig, daß die Qualitätsanforderungen “neu” und “selbständig” in § 568 Abs. 2 nicht mehr vom Beschwerbegriff her bestimmt werden müssen, sondern dies auch durch den Prozeßfehler selbst geschehen kann. Damit ist zu erklären, daß der erstmals begangene Prozeßverstoß von F. Schmidt mit “neuer” Beschwer gleichgesetzt wird und daß sich aus der eigenständigen Anfechtbarkeit von Verfahrensfehlern nach dem Rechtsgedanken des § 577 Abs. 2 S. 3 eine Beschwer ergibt, die “die Anfechtung der Beschwerdeentscheidung für sich allein trägt”.

Schmidts Argumentation baut somit auf der Prämisse auf, daß die Beschwer in einer logischen Beziehung zur Unrichtigkeit der Entscheidung steht. Denn nur wenn diese Begriffe tatsächlich zusammenhängen und die Verbindung zum Prozeßverstoß durch eine Kausalitätsvermutung herstellbar ist, muß auch ein Prozeßverstoß als neuer selbständiger Fehler eine andersartige Beschwer gemäß § 568 Abs. 2 und damit eine weitere Beschwerde auslösen.

Um die Richtigkeit dieser Begründung ermitteln zu können, müssen zunächst die prozeßrechtliche Einordnung bzw. der Inhalt der Begriffe “Beschwer” und “Fehlerhaftigkeit der Entscheidung” klargestellt werden.

1. Der Beschwerdebegriff ist für alle Rechtsmittel der ZPO identisch¹⁰². Zur Bestimmung der Beschwer iSv § 568 Abs. 2 sind also die allgemeinen Untersuchungen maßgeblich.

Verfahrenstechnisch handelt es sich um eine Zulässigkeitsvoraussetzung speziell für die Rechtsmittel, die von den Prozeßvoraussetzungen der Klage scharf zu trennen ist. Bevor nämlich das Rechtsmittelgericht auf eine Prüfung der Zulässigkeit der Klage eingehen darf, hat es die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu prüfen¹⁰³. Für die Erfüllung dieser Voraussetzung reicht es nicht aus, wenn die Beschwer bloß behauptet wird. Sie muß vielmehr objektiv vorliegen, also bereits vor der Sachentscheidung feststehen¹⁰⁴.

100) Gilles S. 75.

101) Zu dieser Möglichkeit im einzelnen unten II.

102) Vgl. Baumbach-Albers Grundz. § 511 Anm. 3; Blomeyer § 97 II (S. 513); Jauernig § 72 V (S. 233); Rosenberg-Schwab § 137 II 3 (S. 766); Stein-Jonas-Grunsky Allg. Einl. vor § 511 Rdn. 46.

103) Ohndorf S. 20.

104) Ohndorf S. 60.

Inhaltlich wird die Beschwerde entweder dadurch bestimmt, daß man die gerichtliche Entscheidung mit dem ursprünglichen Antrag des Klägers vergleicht (= formelle Beschwerde) oder daß man fragt, ob die ergangene Entscheidung für die betreffende Partei nachteilig ist (= materielle Beschwerde)¹⁰⁵.

M. a. W. ist der Rechtsmittelführer dann beschwert, wenn ihm die angefochtene Entscheidung eine beantragte bzw. von Amts wegen geschuldete Besserstellung vorenthält oder seine Rechtslage verschlechtert¹⁰⁶. Die Beschwerde ist damit also letztlich eine Erscheinungsform des Rechtsschutzbedürfnisses¹⁰⁷. Sie ist die Ursache der Einlegung, und ihre Beseitigung ist Zweck jedes Rechtsmittels. Eine Anfechtung, die nicht auf die Veränderung der durch die Vorentscheidung bestimmten aktuellen Rechtsposition des Rechtsmittelführers abzielt, ist unzulässig.

2. Demgegenüber ist die tatsächliche Fehlerhaftigkeit der Entscheidung eine Frage der Begründetheit des Rechtsmittels. (Für die Zulässigkeit reicht die Behauptung der Unrichtigkeit aus, die aber schon mit der Tatsache der Rechtsmitteleinlegung überhaupt gegeben ist, weil sie in dem Wesen jedes Rechtsmittels liegt¹⁰⁸.) Die Unrichtigkeit der Entscheidung bestimmt also nicht die Möglichkeit, sondern den Erfolg des Rechtsmittels. Dieser Erfolg besteht in der Aufhebung der Vorentscheidung, und gerade hierdurch wird die erstrebte Veränderung der Rechtsposition zum Besseren des Anfechtungsführers herbeigeführt.

Die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung ist damit Voraussetzung dafür, daß die gegebene Beschwerde überhaupt beseitigt werden kann.

3. Schon mit der Feststellung, daß die Beschwerde und die Unrichtigkeit auf zwei verschiedenen prozessualen Ebenen liegen, ist ihre logische Unabhängigkeit voneinander dokumentiert: Während die Geltendmachung der der objektiven Rechtslage widersprechenden Entscheidung eine allgemeine Richtigkeitskontrolle gewährleisten soll, dient die als Zulässigkeitsvoraussetzung gedachte Beschwerde dazu, den Kreis der revisiblen Richtersprüche zu beschränken — nämlich auf solche, die tatsächlich auf die Rechtspositionen des Anfechtungsführers eingewirkt haben. Die beiden Rechtsmittelvoraussetzungen dienen also völlig verschiedenen, sogar gegensätzlichen Zwecken.

Das wird durch die inhaltliche Umschreibung der beiden Begriffe ergänzt: Der Adressat einer ablehnenden Entscheidung ist dadurch in einer erstrebten Besserstellung betroffen, daß seinem Antrag nicht entsprochen worden ist. Das ist er aber, gleichgültig, ob die Entscheidung unrichtig ist oder nicht. Wurde umgekehrt dem Antrag stattgegeben, so ist die Partei, die ihn gestellt hatte, nicht mehr beschwert, wieder unabhängig von der objektivrechtlichen Richtigkeit der Entscheidung. War also der Richterspruch falsch, brachte er aber keine Nachteile für den Betroffenen mit sich, so kann dieser ihn nicht anfechten.

105) Brox ZRP 81, 383 mwN.

106) Bettermann ZRP 82, 45.

107) Blomeyer § 97 II (S. 513); Ohndorf S. 70; Rosenberg-Schwab § 137 II 3 (S. 766).

108) Ohndorf S. 44.

Damit erweist sich die Gleichstellung von Fehlerhaftigkeit und Beschwerde als unhaltbar. Eine falsche Entscheidung muß nicht, sondern kann nur eine Beschwerde auslösen. Die notwendige Kausalbeziehung besteht nicht, wie F. Schmidt voraussetzt, zwischen dem Fehler und der Beschwerde, sondern mit Bettermann zwischen dem Entscheidungsinhalt und der Beschwerde¹⁰⁹.

Demzufolge ist auch die Übertragung dessen, was den Verfahrensfehler "neu" und "selbständig" macht, auf die Beschwerde nicht möglich, selbst wenn man wegen dessen Schwere voraussetzt, daß er die Unrichtigkeit der Entscheidung bewirkt hat.

Die Auffassung Schmidts ist damit als schon vom Ansatz falsch abzulehnen.

II. Wenn der Entscheidungsinhalt für die Beschwerde und damit für § 568 Abs. 2 maßgeblich ist, so könnte man auf einem anderen Wege zur Verfahrenszweitbeschwerde kommen: Um festzustellen, ob der Verfahrensfehler der "Beschwerdegrund" ist, wird vorab geprüft, ob der Rechtsmittelführer durch die Entscheidung überhaupt beschwert ist. Das ist leicht möglich, denn der angefochtene Beschwerdebeschluß liegt bereits vor. Sodann ist zu fragen, ob der konkret belastende Entscheidungsinhalt auf einer Rechtsfindung beruht, die durch einen Verfahrensfehler bestimmt wurde. Bejahendenfalls hat dieser Verstoß zu der Beschwerde geführt, der Prozeßfehler wäre der Beschwerdegrund. Seine Andersartigkeit im Verhältnis zur Vorinstanz wäre dann gegeben, wenn derselbe Fehler vorher noch nicht beigegeben worden ist.

Diese Argumentation findet sich in einem Beschluß des Reichsgerichts aus dem Jahre 1887¹¹⁰. Darin heißt es: "Um aber einer Partei einen neuen selbständigen Beschwerdegrund zu geben, braucht der auf ihre Beschwerde ergangene Beschluß nicht notwendig einen anderen Inhalt zu haben, als der Beschluß, über welchen die Beschwerde geführt wurde; die neue selbständige Verletzung der Partei kann auch durch das vom Beschwerdegerichte beobachtete Verfahren herbeigeführt sein, und dies ist u. a. dann der Fall, wenn sich der auf die Beschwerde ergangene ungünstige Beschluß auf eine Verletzung des Anspruchs der Partei auf rechtliches Gehör zurückführen läßt. Kann dem Beschwerdegericht mit Grund vorgeworfen werden, daß es einen Angriff der Partei gegen den beschwerenden Beschluß nicht geprüft hat, so ist der Anspruch der Partei auf richterliche Beurteilung ihrer Beschwerde verletzt, und dies gereicht ihr im Verhältnisse zu dem mit der Beschwerde angefochtenen Beschlusse zur neuen selbständigen Beschwerde"¹¹¹.

109) Vgl. im Ergebnis Ohndorf S. 42; Blomeyer § 97 II (S. 513).

110) RGZ 18, 425.

111) RGZ 18, 427.

Diese Begründung unterscheidet sich grundlegend von der F. Schmidts: Es wird nicht vom Verfahrensfehler auf die Beschwer geschlossen, sondern die Tatsache der Beschwerde aus dem Entscheidungsinhalt – „der ungünstige Beschluß“ – ist umgekehrt die bereits feststehende Prämisse, von der aus der Prozeßfehler als Ursache der zur konkreten Belastung führenden Entscheidungsfindung anvisiert wird. Die Richtigkeit des Judiziums ist unmaßgeblich, genau so wenig geht allein von der Schwere des Fehlers eine Kausalitätsvermutung aus. Diese muß ermittelt werden, der Beschluß muß auf den Fehler „zurückgeführt“ werden können.

Ist das z. B. im häufigsten Fall der Versagung rechtlichen Gehörs – vom Reichsgericht zivilprozessual konkretisiert zum „Anspruch auf richterliche Beurteilung der Beschwerde“¹¹² – tatsächlich möglich, so „gereicht“ dieser Fehler dem Anfechtungsführer zur „selbständigen Beschwerde“.

Die Neuheit dieser Beschwer soll nun nicht daran scheitern, daß sich im Ergebnis der Inhalt des durch den Prozeßverstoß begründeten Judiziums nicht von dem der Erstinstanz unterscheidet. Hier genügt nach Auffassung des RG eben die Tatsache, daß sich die Entscheidung aufgrund eines bisher noch nicht dagewesenen Fehlers ergibt.

Der Ausgangspunkt dieser Begründung, der Schluß vom ungünstigen Entscheidungsinhalt auf die Beschwer ist zwingend. Das ergibt sich aus dem bereits erörterten Begriff der Beschwer selbst¹¹³.

Fraglich ist jedoch, ob es überhaupt möglich ist, im Einzelfall eine Aussage darüber zu treffen, ob die für den Beschwerdebeschluß maßgebliche Rechtsfindung auf einem Prozeßverstoß beruht. Nur wenn dies nachvollziehbar ist, begründet tatsächlich der Verfahrensfehler die durch die Entscheidung ausgelöste Beschwerde. Er kann dann als sozusagen „mittelbarer“ Beschwerdegrund iSv § 568 Abs. 2 bezeichnet werden.

Es verbleibt aber das Problem, ob dieser Beschwerdegrund auch neu ist, also ob es richtig ist, gerade an den Verfahrensfehler anzuknüpfen und daran, daß dieser bisher noch nicht vorgekommen ist.

1. Bei der Verletzung materiell-rechtlicher Beurteilungsnormen kann das Rechtsmittelgericht anhand der – zumindest eingeschränkt erforderlichen – Begründung, aus der sich die tragenden Erwägungen der Entscheidung ergeben¹¹⁴, leicht feststellen, ob der Fehler ursächlich für die Entscheidung geworden ist¹¹⁵. Anders dagegen beim Verfahrensfehler.

112) Vgl. diese Formulierung auch in RG WarnR 2, Nr. 562; OLG München Rpfleger 1972, 459, Zur Kritik hieran **Bettermann** (ZZP 77, 40 – 42), der darin die Umschreibung eines in Wahrheit nicht bestehenden Parteianspruchs auf zwei gerichtliche Instanzen sieht.

113) S. oben I 1, 3 (S. 67 f d. A.).

114) S. oben § 2 B III 1 a (S. 29 d. A.).

115) Vgl. **Bettermann** ZZP 88, 372.

Zwar mag es hier Fälle geben, bei denen es auf der Hand liegt, daß die Beschwerde allein wegen des begangenen Verfahrensfehlers abgewiesen worden ist¹¹⁶. In der Regel, etwa bei Übergehen neuen Tatsachenvorbringens oder beim Verstoß gegen Grundlagen des Beweisrechts, läßt sich aber gar nicht ausmachen, ob die Entscheidung bei Vermeidung des Fehlers anders ausgefallen wäre. In einer solchen prozessualen Situation kann die Frage der Kausalität schlechthin nicht definitiv bejaht oder verneint werden.

Dasselbe Problem taucht jedoch auch bei der Revision¹¹⁷ und Berufung¹¹⁸ auf. Um in diesem Bereich die Verfahrensfehler nicht praktisch als Anfechtungsgründe auszuschneiden, wird es für ausreichend erachtet, wenn nur die Möglichkeit besteht, daß das angefochtene Urteil auf dem Prozeßvorstoß beruht^{119 120}. Wie im übrigen Rechtsmittelrecht auch, darf also bei der Frage, ob der Beschwerdebeschluß vielleicht ohne die Versagung rechtlichen Gehörs, ohne den Verstoß gegen Prozeßmaximen etc. für den Anfechtungsführer besser ausgefallen wäre, keine positiv feststellbare Kausalität verlangt werden. Schon falls nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Fehler die Entscheidung beeinflußt hat, ist die Entscheidung auf ihn zurückzuführen^{121 122}.

Damit wird die vom Reichsgericht geschlagene Brücke zwischen Beschwer und Verfahrensfehler über ein dem übrigen Rechtsmittelrecht entlehntes weites Ursächlichkeitskriterium gangbar: Ein Verfahrensfehler kann eine selbständige Beschwerung iSv § 568 Abs. 2 begründen, wenn wenigstens die Möglichkeit einer Einflußnahme auf den ungünstigen Entscheidungsinhalt besteht.

In diesem Zusammenhang ergibt sich jedoch ein Bedenken gegen die Auffassung des RG. Wie dargestellt, soll die Kausalbeziehung hiernach allein zwischen Beschwer und

116) S. die Fälle oben § 2 D (S. 42 d. A.).

117) Nach § 549 muß die Entscheidung auf der Verletzung der Vorschrift "beruhen".

118) Gilles S. 75.

119) Für die Berufung: Gilles aaO Fußn. 185.

120) Für die Revision: Blomeyer § 104 III 1 b; § 104 VI 3; Gilles S. 86; Jauernig § 74 VII 2 c; Stein-Jonas-Grunsky § 549 Rdn. 74.

121) Im Ergebnis ebenso Bettermann ZZP 77, 38/39; ZZP 82, 68.

122) In diesem Punkt ist die Rechtsprechung zur Verfahrenszweitbeschwerde, die ebenfalls nur die Möglichkeit der Kausalität verlangt (s. oben § 2 D I, S. 42 d. A.), eine konsequente Anwendung der aus den übrigen Rechtsmitteln bekannten Anforderungen an die Anfechtung mittels Verfahrensrechtsverletzung.

Prozeßfehler bestehen. Im Gegensatz zu der Auffassung Schmidts bleibt dabei die Unrichtigkeit der Entscheidung außer Betracht. Demzufolge müßte die Ursächlichkeit zwischen Prozeßverletzung und Beschwer auch bei solchen Entscheidungen bejaht werden können, die zwar auf einer fehlerbedingten Rechtsfindung beruhen, die aber trotz ihrer Fehlerhaftigkeit im Ergebnis richtig sind, also die Fälle, für die § 563 eine (analogiefähige) Spezialregel enthält. Das wird aber teilweise bestritten: Eine Ansicht lehnt bei einer solchen Konstellation schlechthin schon die Kausalität zwischen dem Mangel und der Entscheidung ab¹²³. Nach anderer Meinung soll der wohl begründetermaßen gerügte Fehler den Anfechtenden dagegen nicht beschweren¹²⁴. Beide Auffassungen hätten für das vorliegende Problem dieselbe Folge: Die Ableitung des Verfahrensfehlers als Beschwerdegrund wäre, im Gegensatz zur Meinung des RG, ohne Berücksichtigung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Entscheidung nicht möglich. Nur ein solcher Prozeßverstoß, der zu einer Entscheidung geführt hat, die sowohl für den Rechtsmittelführer belastend als auch zweifelsfrei unrichtig ist, käme als Beschwerdegrund in Betracht.

Beide genannten Meinungen sind jedoch abzulehnen. Die einmal als möglich bejahte Kausalität zwischen Fehler und Entscheidungsinhalt kann nicht später wieder durch die Ergebnisrichtigkeit verneint werden. Die beiden Begriffe sind völlig voneinander zu trennen. An sich ist das Rechtsmittel, das den tatsächlich auf einem Fehler beruhenden Entscheidungsinhalt angreift, begründet: Ihm wird nur der Erfolg versagt, weil die richtige Entscheidung, deren Herbeiführung Zweck jedes Rechtsmittels ist, bereits vorliegt¹²⁵.

Auch kann, wenn ein zwar fehlerbedingtes, aber im Ergebnis richtiges Judizium vorliegt, das für den Rechtsmittelführer ungünstig tenoriert ist, die Beschwer nicht angezweifelt werden. Wie bereits festgestellt¹²⁶, kommt es allein auf den belastenden Charakter des Entscheidungsinhalts an, nicht aber auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Richterspruchs. Ist die negative Auswirkung auf den Rechtsmittelführer einmal bejaht, so ist die Beschwer unabweisbar gegeben¹²⁷.

123) Gilles S. 75, Fußn. 186; Jauernig § 74 VIII 1.

124) Bettermann Z郑 77, 28; Stein-Jonas-Grunsky (bis 19. Aufl.) § 563 Anm. I 1.

125) Vgl. Bettermann Z郑 82, 372; Stein-Jonas-Grunsky (20. Aufl.) § 563 Fußn. 1.

126) S. oben I 3 (S. 68 d. A.).

127) Vgl. Bettermann, Stein-Jonas-Grunsky aaO.

Damit kann der Verfahrensfehler, der die mögliche Ursache für den die Beschwerde auslösenden Richterspruch bildet, tatsächlich als mittelbarer Grund für die weitere Beschwerde angesehen werden. Auf die Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung kommt es nicht an. Insoweit ist dem Reichsgericht zu folgen.

2. Zweifelhaft ist jedoch, ob dieser Beschwerdegrund auch "neu" in dem von § 568 Abs. 2 verstandenen Sinne ist. Das RG bejaht dies, weil es die Neuheit an den Verfahrensfehler anknüpft und eine Veränderung des Inhalts des Beschwerdebeschlusses im Verhältnis zur Erstinstanz nicht verlangt. Ein solches Vorgehen erscheint auf den ersten Blick folgerichtig, weil ja nicht mehr die Beschwer, sondern der Verfahrensfehler den Beschwerdegrund abgibt.

Der Prozeßverstoß bildet aber nur mittelbar den Beschwerdegrund, weil er eine Rechtsfindung beeinflusst hat, die erst ihrerseits zu der belastenden Entscheidung geführt hat. Wie sich aus der historischen¹²⁸ und teleologischen¹²⁹ Interpretation des § 568 Abs. 2 ergeben hat, erhält das Prinzip der *duae conformes sententiae* nur dann den ihm zugedachten Sinn, wenn sich das Neusein, die Andersartigkeit als Qualitätsanforderung, auf den unmittelbaren Beschwerdegrund, nämlich die Beschwer bezieht: Die dahinter stehende Vermutung für die Richtigkeit zweier Entscheidungen hängt davon ab, ob die durch sie bewirkten Beschwerden identisch sind, nicht aber, ob identische Fehler die Ursache sind.

Das Reichsgericht verschiebt damit den Bezugspunkt des Neuheitskriteriums beim neuen selbständigen Beschwerdegrund in unzulässiger Weise, indem es für die Andersartigkeit statt auf die Beschwer auf den Fehler abstellt.

Wenn ferner die Neuheit der Beschwer maßgeblich ist, so bestimmt sich diese konsequenterweise nach dem Entscheidungsinhalt, denn wie festgestellt¹³⁰ vermittelt dieser die konkrete Belastung des Rechtsmittelführers. Folglich ist die Beschwer nur andersartig, wenn sich der Inhalt des Beschwerdebeschlusses gegenüber der Erstentscheidung geändert hat. Entgegen der Auffassung des Reichsgerichts ist also auch bei der Verfahrenszweitbeschwerde für § 568 Abs. 2 eine Inhaltsänderung des Beschwerdebeschlusses erforderlich.

128) S. oben A III 3 b (S. 60 d. A.).

129) S. oben A IV (S. 61 f d. A.).

130) S. oben I a. E. (S. 69 d. A.)

Der in RGZ 18, 425 (427) ausgesprochenen Argumentation ist also nur insoweit zuzustimmen, als der Verfahrensfehler einen (mittelbaren) Beschwerdegrund iSv § 568 darstellen kann. Da dieser aber nicht dann "neu" ist, wenn der Prozeßverstoß bisher noch nicht vorgekommen ist, sondern nur, wenn sich der durch den Verfahrensfehler bedingte Entscheidungsinhalt geändert hat, kann mit dieser Auffassung die Verfahrenszweitbeschwerde nicht aus § 568 Abs. 2 hergeleitet werden.

III. Wenn somit die Möglichkeit eröffnet ist, den entscheidungsursächlichen Verfahrensfehler als "Beschwerdegrund" anzusehen, so fragt sich – weil für die "Neuheit" des Beschwerdegrundes iSv § 568 Abs. 2 eine Änderung des beschwerenden Entscheidungsinhalts gegenüber der Vorinstanz erforderlich ist – ob diese Andersartigkeit nicht wegen des Verfahrensfehlers selbst bejaht werden kann.

Man ist geneigt, dies von vornherein abzulehnen:

Das Charakteristikum der Fallgruppe der Verfahrenszweitbeschwerde besteht ja gerade darin, daß eine weitere Beschwerde eingelegt wird, obwohl *duae conformes sententiae* gegeben sind, also zwei Vorentscheidungen, die in ihrem rechtskraftfähigen Inhalt und in ihren Auswirkungen identisch sind.

Hier setzt jedoch ein kürzlich zur Verfahrenszweitbeschwerde veröffentlichter Beschluß des OLG Koblenz¹³¹ an. Darin wird folgendermaßen argumentiert: "Es kann nun nicht bestritten werden, daß ein Beschwerdeführer durch die Nichtberücksichtigung seines gesamten Beschwerdevorbringens 'beschwert' ist, wenn es bei seiner Beachtung zu einer ihm günstigeren Entscheidung hätte führen können. Allein fraglich ist, ob diese Beschwer eine solche im Sinne des § 568 Abs. 2 ZPO sein kann. Bettermann verneint dies mit dem Hinweis, daß der neue Verfahrensmangel bei gleichem Entscheidungsinhalt keine neue Beschwer verursacht. Diese Betrachtungsweise erscheint zu eng. Zumindest für den vorliegenden Fall der völligen Übergehung des möglicherweise entscheidungserheblichen Beschwerdevorbringens, die eine Versagung des rechtlichen Gehörs darstellt, liegt die neue selbständige Beschwer offen zutage. Sie kann bei natürlicher Betrachtung nicht von dem Inhalt der Beschwerdeentscheidung getrennt werden. Der hier vorliegende Verfahrensfehler belastet wegen seiner Bedeutung den Entscheidungsinhalt und gibt ihm eine andere Qualität"¹³².

OLG Koblenz übernimmt zunächst die Begründung von RGZ 18, 425, wonach – ausgehend vom ungünstigen und damit beschwerenden Landgerichtsbeschluß – der Prozeßfehler, dessen Vermeidung "zu einer günstigeren Entscheidung hätte führen können", den "Beschwerdegrund" iSv § 568 Abs. 2 bildet.

131) MDR 1979, 765.

132) MDR 1979, 766.

Die Auseinandersetzung mit Bettermann beweist danach, daß, abweichend vom Reichsgericht, für die "Neuheit" des Beschwerdegrundes nicht auf die Neuheit des Verfahrensfehlers abgestellt wird, sondern korrekterweise auf die Andersartigkeit der für die Beschwerden verantwortlichen Entscheidungsinhalte. Den nun erwarteten Befund, daß bei den Verfahrenszweitbeschwerden eine solche Andersartigkeit wegen der an sich kongruenten Entscheidungsinhalte nicht gegeben ist, vermeidet das OLG Koblenz mit einem Kunstgriff: Es erweitert — aber offenbar nur für die Fallgruppe der weiteren Beschwerde wegen Verfahrensverstößen — die Beurteilung der Andersartigkeit der Entscheidungsinhalte um das Kriterium der "Qualität" dieser Inhalte. Qualität bedeutet innerer Wert, Charakter einer Sache. Das Merkmal ist der Gegensatz zur "Quantität", die in diesem Zusammenhang konsequenterweise die äußere Wirkung des Richterspruchs zum Ausdruck bringt. Während bisher allein auf diese "Quantität" der Judizien für die Frage der Konformität iSv § 568 Abs. 2 abgestellt wurde, liegen nach dem neuen Verständnis des OLG Koblenz nur dann *duae conformes sententiae* vor, wenn sowohl die Qualität als auch die Quantität der die Beschwer vermittelnden Entscheidungsinhalte gleich sind. Die Qualität eines Beschwerdebeschlusses soll dabei eine andere sein, wenn dieser, im Gegensatz zur Vorinstanz, seine Entstehung einem wesentlichen Verfahrensfehler, hier der Versagung rechtlichen Gehörs¹³³, verdankt¹³⁴. In diesem Fall liegen also keine *duae conformes sententiae* mehr vor, die Entscheidungsinhalte weichen trotz äußerlicher Identität voneinander ab. Infolgedessen ist die durch den Beschwerdebeschluß bewirkte Beschwer neu. Die Begründung des Verfahrensfehlers als "neuer selbständiger Beschwerdegrund" ist komplett.

Die Argumentation des OLG Koblenz zielt darauf ab, in die Beurteilung der Konformität zweier Entscheidungen auch die Art und Weise ihrer Entstehung miteinfließen zu lassen: Die Tatsache der fehlerbedingten Entstehung soll auf den Charakter des Richterspruchs durchschlagen.

Ob dafür aber die bloße Addition des normativen Merkmals "Qualität" zu der bisherigen Prüfung der jeweiligen Entscheidungswirkungen methodisch korrekt ist und ob dieses zusätzliche Erfordernis inhaltlich eine überzeugende Grundlage der Verfahrenszweitbeschwerde erbringt, die noch im Einklang mit § 568 Abs. 2 steht, erscheint zweifelhaft.

1. Die Konstruktion der Inhaltsänderung des durch die Verfahrenszweitbeschwerde angefochtenen Beschlusses beruht auf einer *petitio principii*: Die unbewiesene Behauptung, daß ein Fehler in der Entscheidungsfindung den Charakter des daraus hervorgegangenen Inhalts belaste, dient ihrerseits als Begründung für die gleichermaßen unbewiesene Behauptung, daß ein Entscheidungsinhalt trotz Identität mit der Vorentscheidung ein "an-

133) Vgl. zu dieser Fallgruppe oben § 2 B I (S.15ff d. A.).

134) Das hat mit der Kausalität des Verfahrensfehlers für den konkreten Entscheidungsinhalt, die ja bereits feststeht, nicht zu tun. Hier geht es nicht darum, ob die getroffene Entscheidung im Verhältnis zu den verfahrensgemäß zustande gekommenen eine andere gewesen wäre, sondern ob sich der Charakter des Entscheidungsinhalts, sein "innerer Wert", durch die Existenz des Verfahrensverstößes im Verhältnis zur erstinstanzlichen Entscheidung verändert.

derer“ sein könne. Die Formulierung, wonach in diesem Fall “die neue selbständige Beschwer offen zutage liegt“, ist jedenfalls kein Ersatz für die erforderliche Begründung. Die Thesen sind auch gar nicht zu beweisen. Wenn § 568 Abs. 2 an sich von der Andersartigkeit der Beschwerden ausgeht, die erst ihrerseits aus den Entscheidungsinhalten hervorgehen, so interessieren eben nur die äußeren Wirkungen der Richtersprüche, die Art und Weise bzw. der Grad der Belastung, will sagen: ihre Quantität. Die Einbeziehung der Entstehungsmängel ist also nicht vom Regelungsgehalt des § 568 Abs. 2 vorgegeben, sondern beruht auf der wertungsmäßigen Gleichbehandlung der verfahrensfehlerhaft zustande gekommenen mit der inhaltlich abweichenden Entscheidung. D. h. das unter Mißachtung von Prozeßregeln hervorgebrachte Judizium ist gegenüber dem der Vorinstanz nicht nonkonform, sondern wird nur so angesehen.

In Wahrheit liegt also der Konstruktion des OLG Koblenz eine verdeckte Analogie zugrunde. Das wäre nicht zu beanstanden, wenn nun auch die Voraussetzungen einer Analogie geprüft worden wären, also das Vorliegen einer Regelungslücke in § 568 Abs. 2 sowie die wertungsmäßige Gleichrangigkeit der Verfahrens- mit der Nonkonformitätsanfechtung¹³⁵. Statt dessen begnügte sich OLG Koblenz mit der Scheinargumentation von der Inhaltsänderung durch fehlerbedingte Qualitätsveränderung.

Schon wegen dieser juristisch-methodischen Ungenauigkeit fehlt der Begründung die nötige Überzeugungskraft.

2. Läßt man diesen Einwand einmal außer acht, so fragt sich, ob die isolierte Anwendung des normativen Kriteriums der “Qualitätsveränderung“ zur Begründung der Verfahrenszweitbeschwerde aus logischen Gründen zulässig ist.

Wann sich der Charakter einer Entscheidung ändert oder nicht, kann nicht durch bloße Subsumtion, sondern nur durch Wertung ermittelt werden. Mit der Formel des OLG Koblenz wird also ein generalklauselartiger Oberbegriff als zusätzlicher Parameter für die neue Beschwer eingeführt. Dieser erfaßt zunächst einmal die schweren Verfahrensfehler, für deren Konkretisierung auf die von der Rechtsprechung entwickelte Kasuistik zurückgegriffen werden kann¹³⁶. In konsequenter Anwendung eröffnet das Merkmal der “Qualitätsänderung“ aber auch die Anfechtung schwerwiegender materiell-rechtlicher Verstöße. Wird nämlich der Entscheidungsinhalt seinem Charakter nach andersartig, wenn die Rechtsfindung etwa auf einer Versagung rechtlichen Gehörs beruht, dann muß das auch dann der Fall sein, wenn die Rechtsfindung auf einer Verkennung oder Mißachtung der für den zu beurteilenden Fall wichtigen Vorschriften beruht, denn beide Male wird der Richterspruch durch den Fehler “belastet“.

Gerade den Fall des error in iudicando blendet die Argumentation des vorliegenden Beschlusses aber aus, die nur die Verfahrenszweitbeschwerde in § 568 Abs. 2 einpassen will.

135) S. im einzelnen dazu unten § 5 A 1.

136) S. dazu oben § 2 B (S. 14 ff d. A.).

Dazu besteht zwar vom Ergebnis her ein Bedürfnis, weil die materiell-rechtlichen Fehler – mögen sie auch genauso schwerwiegend sein wie die prozeßrechtlichen – nach der hM nicht mit der Zweitbeschwerde angegriffen werden können¹³⁷. Es ist aber logisch nicht möglich, die Anfechtbarkeit einer Fallgruppe durch die Verwendung eines Oberbegriffes dogmatisch begründen zu wollen und die Anfechtbarkeit einer anderen abzulehnen, obwohl auch diese von dem Begriff erfaßt wird. Es gibt hier nur zwei Möglichkeiten: Entweder man verzichtet auf die Verwendung des Merkmals “Qualitätsveränderung” überhaupt mit der Folge, daß – auf diesem Wege – weder die Verfahrens- noch die materiellen Fehler zweitanfechtungsfähig sind, oder man benutzt dieses Kriterium und läßt die weitere Beschwerde in beiden Fallgruppen zu.

Die inkonsequente Begrenzung des Qualitätserfordernisses allein zur Bejahung der Prozeßfehlerbeschwerde spricht also auch gegen die Argumentation des OLG Koblenz.

3. Zuletzt ist zu bedenken, daß die vorliegende Begründung zu dem schon mehrfach angesprochenen¹³⁸ prozeßrechtlichen Dilemma zwischen dem Verfahrensfehler als Zulässigkeitsvoraussetzung iSv § 568 Abs. 2 und der Begründetheit des darauf gestützten Rechtsmittels führt: Für die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde ist gemäß § 568 Abs. 2 das tatsächliche Vorliegen einer neuen Beschwerde erforderlich. Weil nun die Verfahrenszweirüge unmittelbar an diese Vorschrift angeknüpft wird, muß der Prozeßfehler, der als “neuer selbständiger Beschwerdegrund” fungiert, schon für die Zulässigkeit feststehen. Mit dessen Bejahung ist dann gleichzeitig die Begründetheit der Anfechtung gegeben¹³⁹. Mit diesem Hauptargument Bettermanns¹⁴⁰ ist der Auffassung von OLG Koblenz endgültig die Zustimmung zu versagen.

Die Andersartigkeit einer durch den Prozeßverstoß bestimmten Beschwerde kann damit auch nicht über eine durch den Fehler hervorbrachte “Qualitätsänderung” des Beschwerdebeschlusses fundiert werden.

137) S. oben § 1 A III 3 c (S. 6 d. A.).

138) S. oben § 1 B II (S. 9 d. A.); § 3 A II 1 (S. 53 d. A.).

139) Vgl. auch OLG Koblenz MDR 1979, 766: “Da der Verfahrensfehler zu einer anderen Entscheidung in der Sache geführt haben kann, ist das Rechtsmittel auch begründet.”

140) Vgl. die Nachw. oben § 1 Fußn. 55 (S. 9 d. A.).

C. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis der Untersuchung ist damit festzuhalten:

Das mit "andersartiger Beschwer" zu definierende Merkmal des neuen selbständigen Beschwerdegrundes in § 568 Abs. 2 ist nur erfüllt, wenn sich der für die Beschwer maßgebliche rechtskraftfähige Inhalt bzw. die Tragweite der angefochtenen Entscheidung im Verhältnis zur Vorinstanz material, d. h. in bezug auf den Streitgegenstand, ändern.

Eine solche Andersartigkeit läßt sich mit keiner Begründung herstellen, wenn bei ansonsten *duae conformes sententiae* die weitere Beschwerde auf einen Verfahrensfehler gestützt wird. Bettermann ist also auch darin zuzustimmen, daß in einem solchen Fall keine difformen Beschwerden gegeben sind.

Es ist damit nicht möglich, die Verfahrenszweitbeschwerde unmittelbar unter den durch Auslegung ermittelten Regelungsgehalt des § 568 Abs. 2 zu subsumieren. Die hM, die dies seit etwa einhundert Jahren mit unter sich variierten Begründungen versucht, ist insoweit abzulehnen.

§ 4 Die Verfahrenszweitbeschwerde als zivilprozessuales Gewohnheitsrecht

A. Beschluß des OLG Hamm (NJW 1979, 170)

Wenn die Zweitbeschwerde aufgrund von wesentlichen Verfahrensfehlern tatsächlich nicht in den vom Gesetzgeber abgesteckten Normbereich des § 568 Abs. 2 einzupassen ist, andererseits aber eine gegenläufige Judikatur schon fast seit Schaffung der Vorschrift besteht, so ist es naheliegend, das Erfordernis weiterer Begründungsversuche der Verfahrenszweitträge durch die Annahme eines entsprechenden zivilprozessualen Gewohnheitsrechts abzuschneiden.

Dies unternimmt das OLG Hamm in seiner zuletzt veröffentlichten Stellungnahme zum vorliegenden Problem. Darin heißt es: "(Der Senat) sieht, im Anschluß an die Ausführungen von Bettermann ..., in einer derartigen weiteren Beschwerde allerdings keine sogenannte Difformitätsbeschwerde gemäß § 568 II ZPO mehr, sondern eine Verfahrenszweitbeschwerde, deren Zulässigkeit – insoweit gelangt der Senat zu einer anderen Konsequenz als Bettermann – auf prozessualen Gewohnheitsrecht beruht, das sich in ständiger Rechtsprechung aufgrund einer irrigen Anwendung des § 568 II ZPO auf Fälle dieser Art gebildet hat Es ist ... davon auszugehen, daß ... insoweit ein Gewohnheitsrechtssatz entstanden ist, der heute, neben der Gesetzesnorm des § 568 II ZPO für die Difformitätsbeschwerde und damit diese Vorschrift ergänzend die normative Grundlage für die Verfahrenszweitbeschwerde bildet"¹.

Damit gilt als Erweiterung des § 568 Abs. 2 die Formel: "Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt neben dem Fall einer difformen Beschwer auch dann vor, wenn im Beschwerdeverfahren zum ersten Mal gegen eine wesentliche das Verfahren betreffende Vorschrift verstoßen worden ist und nicht ausgeschlossen werden kann, daß ohne diesen Verfahrensverstoß eine für den Beschwerdeführer günstigere Entscheidung ergangen wäre."

Auf das Problem, daß die Zweitträge bei Prozeßfehlern wegen Unvereinbarkeit mit § 568 Abs. 2 keine hinreichende Stütze im Gesetz findet und deshalb eventuell abzulehnen ist, kommt es nicht mehr an. Die Stelle einer möglichen Begründung, deren Überzeugungskraft einer den strengen methodischen Voraussetzungen unterworfenen Arbeit an der *lex scripta* entspringt, nimmt nun ein entsprechendes *ius non scriptum* ein. Nicht mehr die juristische Argumentation eines Gerichts, die jeweils im Einzelfall zur Annahme der Verfahrenszweitbeschwerde führte, wird als Begründung herangezogen; allein die Vielzahl gleichförmiger Entscheidungsergebnisse, kristallisiert zu einem Gewohnheitsrechtssatz, reicht aus.

1) OLG Hamm NJW 1979, 170; dem folgend Baumbach-Hartmann § 568 Anm. 2 B c.

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall tatsächlich ein derartiges prozessuales Gewohnheitsrecht bejaht werden kann. Dann müßte auch für richterlich geschaffenes Recht, also solches, das wie die Verfahrenszweitbeschwerde seine Entstehung einer ständigen Rechtsprechung verdankt, der Begriff des Gewohnheitsrechts anwendbar sein, und dessen Voraussetzungen müßten hierfür festgestellt werden können. Im Zusammenhang mit der methodischen Einordnung des Richterrechts als Rechtsquelle steht auch das Problem, in welchem Umfang danach noch die Fortentwicklung der Verfahrenszweitbeschwerde möglich ist, konkret gesagt, ob die wegen der Grundrechtswidrigkeit der meisten Verfahrensfehler erforderliche Anpassung an die Verfassungsbeschwerde durchgesetzt sowie das von Bettermann monierte² Zusammenfallen von Zulässigkeit und Begründetheit dieser Rechtsmittelerweiterung – das gerade durch die Judikatur hervorgerufen wurde – noch beseitigt werden können.

B. Die herrschende Meinung zum Gewohnheitsrecht durch Richterrecht

Der Beschluß des OLG Hamm beruht auf der herrschenden Rechtsquellenlehre, die einer ständigen Rechtsprechung die Möglichkeit der Gewohnheitsrechtsbildung zuerkennt. Danach ist das Gewohnheitsrecht das ungesetzte, durch einen allgemeinen, normalerweise durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft erzeugte Recht, das gleichrangig neben dem Gesetzesrecht steht und daher dieselbe Bindungswirkung erzeugt wie dieses³. Die Anerkennung des Gewohnheitsrechts durch den Gesetzgeber wird im materiellen Recht in Art 2 EGBGB⁴ und für das Verfahrensrecht in § 12 EGZPO⁵ gesehen, die wortgleich als "Gesetz" im Sinne des jeweiligen Gesetzbuches "jede Rechtsnorm" bezeichnen.

1. Voraussetzung⁶ ist nach der hM zunächst ein allgemeiner Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft. Dieser als "opinio necessitatis" umschriebene Rechtswille sei vorhanden, wenn eine bindende Regel verwirklicht werden solle, indem man sie durchsetze oder ihr gehorche. Der Begriff der Gemeinschaft sei auf alle dem betreffenden Kreis angehörnden Personen begrenzt, für den der Rechtssatz gelten solle.

Der Rechtsgeltungswille müsse sich manifestiert haben, was in der Regel durch Übung der beteiligten Volkskreise geschehe. Die Übung müsse im ganzen gleichförmig sein, wobei vereinzelte Abweichungen nicht entgegenstünden.

2) Vgl. oben § 1 B II (S. 8 d. A.).

3) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 38 I; Lange-Köhler § 7 III; Larenz S. 346; Lehmann-Hübner § 3 III.

4) Palandt-Heinrichs Art 2 EGBGB Anm. 1 d; BVerfGE 28, 28; RGZ 75, 41; BGHZ 37, 222.

5) Baumbach-Albers § 549 Anm. 4 A; Rosenberg-Schwab § 5 IV 1 c; Schönke-Kuchinke § 5 III; Schumann JZ 1973, 315 Anm. zu BVerfG (JZ 1973, 311); ders. in: Stein-Jonas Einl. I Rdn. 25, 95; BGH NJW 1958, 709.

6) Vgl. im folgenden Enneccerus-Nipperdey § 39.

Geschehe die Bildung von Gewohnheitsrecht — wie in der Hauptsache — durch eine ständige Rechtsprechung, so sei es gleichgültig, ob die Gerichte sich auf eine Auslegung des Gesetzes stützten oder nicht. Auch eine auf den vermeintlichen Gesetzesinhalt abhebende Judikatur trete in Form der sog. Usualinterpretation als selbständige Rechtsquelle neben das Gesetzesrecht. Demzufolge schließt die hM die Bildung von Gewohnheitsrecht auch nicht dadurch aus, daß die Übung auf einer irrtümlichen Auslegung beruht. Entscheidend ist hiernach allein der hinreichend manifestierte Geltungswille, nicht aber sein Ursprung⁷. Sei es unter den genannten Bedingungen endlich zu einem Gewohnheitsrechtssatz gekommen, so könne dieser nur noch durch ein neues abänderndes Gewohnheitsrecht oder durch ein entsprechendes Gesetz aufgehoben werden⁸; d. h. auch wenn der Richter erkannt habe, daß die bisherige Auslegung nicht dem Gesetz entspreche und vielleicht zu recht unbilligen Ergebnissen führe, könne er seiner besseren Einsicht nicht folgen⁹. Es bleibe ihm allenfalls die Möglichkeit, den Gewohnheitsrechtssatz durch die Auslegungsmethoden zu präzisieren und zu verfeinern¹⁰.

II. Abzugrenzen von dem durch ständige Rechtsprechung entstandenen Gewohnheitsrecht ist der sog. Gerichtsgebrauch. Dieser liegt nach der hier referierten Auffassung bei einer ebenfalls gleichförmigen Rechtsanwendung durch die Gerichte vor, ohne daß jedoch schon die Voraussetzungen einer *consuetudo* gegeben seien¹¹. Als Vorstufe bilde der Gerichtsgebrauch damit die Hauptquelle des Gewohnheitsrechts^{12 13}.

Liege nur ein bloßer Gerichtsgebrauch vor, so sei damit auch noch keine *praeterlegale* Rechtsnorm entstanden. Die Rechtsprechung als solche, das hieraus entstandene Richterrecht, wird nicht als eigene Rechtsquelle anerkannt¹⁴. Der Richter sei demzufolge weder an einzelne Präjudizien noch an die ihm vorliegende Entscheidungspraxis gebunden. Habe er diese als unrichtig erkannt, so müsse er von ihr abweichen und gemäß dem nunmehr richtig ausgelegten Gesetz entscheiden¹⁵.

III. Subsumiert man die Verfahrenszweitbeschwerde unter die vorgenannten — zunächst einmal als richtig unterstellten — Grundsätze des Gewohnheitsrechts nach der hM, so ergibt sich folgendes Bild:

7) Enneccerus-Nipperdey § 40 II.

8) Enneccerus-Nipperdey S. 268 Fußn. 11; BGHZ 1, 369 (376).

9) Reinicke MDR 1956, 325.

10) Enneccerus-Nipperdey § 39 II 3 d; Schumann JZ 1973, 315, Fußn. 19; BGH NJW 1958, 709.

11) Enneccerus-Nipperdey § 42 I 3.

12) Lange-Köhler § 7 IV 2.

13) Den Prozeß der Entstehung von Gewohnheitsrecht aus Gerichtsgebrauch bezeichnet die hM als "Erstarken zum Gewohnheitsrecht"; s. Reinicke MDR 1956, 324; Welzel S. 18, Fußn. 54.

14) Enneccerus-Nipperdey § 42 I 1; Lange-Köhler § 7 IV 2; Lehmann-Hübner § 3 II; Stein-Jonas-Schumann Einl. I Rdn. 25 a. E.; Welzel aaO.

15) Reinicke MDR 1956, 325.

Beginnend mit der Reichsgerichts-Rechtsprechung¹⁶ und der älteren OLG-Judikatur¹⁷ läßt sich bis in die Gegenwart¹⁸ den jeweiligen Einzelentscheidungen die Überzeugung der Gerichte entnehmen, daß mit der Zulassung der weiteren Beschwerde bei wesentlichen Prozeßmängeln eine verbindliche Verfahrensregel, nämlich § 568 Abs. 2, befolgt werden sollte.

Daneben vertritt nach wie vor ein beträchtlicher Teil der Literatur¹⁹ die Auffassung, daß diese Rechtsmitteleröffnung geltendem Recht entspricht. Der erforderliche Rechtsgeltungswille des Personenkreises, den diese Regel angeht, ist damit gegeben. Auf die Anwälte als potentielle Prozeßvertreter hingegen kann es hierbei nicht ankommen. Bei diesem Personenkreis ist der pauschale Schluß auf eine bestimmte rechtliche Überzeugung gar nicht möglich. Die Anwälte richten sich notwendigerweise nach einer herrschenden Judikatur, um ihre Mandanten pflichtgemäß im Rechtsstreit zu betreuen²⁰. Auch steht die Überzeugung der Gemeinschaft der rechtsuchenden Bürger in diesem Zusammenhang nicht in Frage. Würde man auch darauf abstellen, so wäre – entgegen der hier zunächst zugrunde gelegten hM, die ein Prozeßgewohnheitsrecht prinzipiell bejaht – eine solche consuetudo unmöglich, weil sich mangels Kenntnis von den zivilprozessualen Spezialvorschriften in der Bevölkerung auch schon keine Überzeugung rechtlicher Gebotenheit einer bestimmten Verfahrensregel durchsetzen könnte.

Die Manifestation der opinio necessitatis durch eine lang andauernde und gleichförmige Übung kann bei der Verfahrenszweitbeschwerde, zu der sich entsprechende Beschlüsse seit dem Jahre 1884²¹ bis heute²² finden lassen, ebenfalls nicht bezweifelt werden. Die in der Kasuistik erörterten Einzelentscheidungen, bei denen eine Zweitrüge-Zulassung ohne die erforderliche Neuheit des Verfahrensverstößes nachgewiesen wurde²³, kommen als Abweichung hiervon nicht in Betracht, da sie nicht bewußt eine gegenteilige Übung herbeiführen wollten. Die wenigen in Anerkennung der Bettermann'schen Auffassung ergangenen Zurückweisungen der Verfahrenszweitzüge²⁴ stehen als vereinzelt gebliebene Ausnahmefälle der ständigen Übung nicht entgegen.

16) § 1 Fußn. 40 (S. 7 d. A.).

17) § 1 Fußn. 42 (S. 7 d. A.).

18) ZB: OLG Koblenz MDR 1979, 765; OLG Köln NJW 1979, 1835; dass. NJW 1980, 1531; OLG Frankfurt MDR 1981, 411

19) § 1 Fußn. 41, 43 (S. 7 d. A.).

20) Vgl. Schneider AnwBl 1978, 340: "Ungeachtet theoretischer Bedenken muß deshalb der Anwalt davon ausgehen, daß er mit dem Nachweis eines wesentlichen Verfahrensmangels für seine Partei in die weitere Beschwerde gelangen kann"; anders aber OLG Hamm (NJW 1979, 171), das auch auf die Rechtsauffassung der Anwaltschaft abstellt.

21) RG JW 1885, 27 (Nr. 11).

22) OLG Köln NJW 1980, 1531; dass. JMBI NRW 1981, 101.

23) S. oben § 2 C I 2 (S. 35 ff d. A.).

24) OLG Zweibrücken NJW 1971, 1273; OLG Schleswig NJW 1975, 319, s. auch den BVerfGE 49, 252 zugrundeliegenden Beschluß v. 21.3.1978 Akt.Z. 1 W 218/77.

Daß schließlich die vorliegende Usualinterpretation des § 568 Abs. 2 – wie die Untersuchung des Regelungsgehalts der Vorschrift zutage gefördert hat²⁵ – auf einem Irrtum beruht, ist ebenfalls unbeachtlich, da der manifestierte Rechtsgeltungswille allein und unabhängig von seinem Ursprung die eigenständige Rechtsnorm zu erzeugen vermag.

Folgte man damit der hM, die unter den erwähnten Voraussetzungen die Bildung von Verfahrensgewohnheitsrecht ermöglicht, so müßte das Ergebnis des OLG Hamm in seinem vorliegenden Beschluß konsequenterweise Anerkennung finden: Neben die positiv-gesetzlich verankerte Difformitätsbeschwerde wäre die Verfahrenszweitbeschwerde als prozessuales Gewohnheitsrecht getreten. Der Gerichtsgebrauch zu § 568 Abs. 2 wäre zu einer selbständigen Rechtsquelle "erstarkt".

Aus diesem Befund ergäben sich zunächst Konsequenzen für die inhaltliche Festschreibung der Voraussetzungen einer auf Prozeßfehler gestützten weiteren Beschwerde. Da die Einzelfälle abweichender Gerichtsentscheidungen und die von Bettermann angeführte Mindermeinung der Literatur nicht schon als abändernde desuetudo anerkannt werden könnten, müßte der Rechtsanwender im Einzelfall schon bei der Zulässigkeit prüfen, ob der geltend gemachte Verfahrensverstoß wesentlich, neu und entscheidungskausal in dem von der Rechtsprechung anerkannten Sinne wäre; d. h. der Richter könnte die sich hieraus ergebenden Unzulänglichkeiten²⁶ der Verfahrensfehlerzweitbeschwerde nur in sehr begrenztem Rahmen abbauen. Als Beispiel für eine solche immanente Gewohnheitsrechtsfortbildung wäre der Beschluß des OLG Köln²⁷ zu nennen, wonach auch ein wiederholter Verfahrensfehler "neu" sein kann, wenn den Prozeßgerichten in beiden Instanzen eine verfahrenswidrige Unterlassung vorgeworfen werden kann²⁸.

Für die vorliegende Untersuchung beantwortete die Entscheidung des OLG Hamm die Frage nach der dogmatischen Begründung der Prozeßfehlerzweitzüge: Wenn es dafür nicht mehr auf § 568 Abs. 2, sondern auf ein präterlegales Gewohnheitsrecht ankäme, so wäre jede weitere Suche nach einer Stütze im Gesetz überflüssig. Die consuetudo bildete selbst das prozeßtheoretische Fundament. Es bliebe nur noch zu fragen, auf welche Weise die in der konkreten Ausgestaltung sichtbar gewordenen Mängel überwindbar sind.

C. Die Gegenauffassungen

In der neuen Literatur stößt die Kategorisierbarkeit von Richterrecht als Gewohnheitsrecht zunehmend auf Ablehnung. Dabei ist zu unterscheiden zwischen denjenigen, die – auf dem Boden der herrschenden Rechtsquellenlehre stehend – den Begriff des Ge-

25) S. oben § 3.

26) Ausführlich dazu oben § 2 E II 2 (S. 46 f. d. A.).

27) NJW 1979, 1835.

28) Im einzelnen oben § 2 C II (S. 38 ff. d. A.).

wohnheitsrechts als eigenständiges Gesetzesäquivalent nicht prinzipiell, sondern nur für das Richterrecht ablehnen, sowie den Wissenschaftlern, die das Richterrecht aus einem anderen Rechtsquellenverständnis heraus betrachten.

I. Als Hauptvertreter der ersten Gruppe ist Esser zu nennen.

1. In Fortführung seines schon in dem Werk "Grundsatz und Norm" vertretenen Ansatzes²⁹ versagt Esser in dem Festschriftbeitrag für Fritz v. Hippel "Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht" dem Richterrecht schlechthin die Möglichkeit, als consuetudo gesetzesgleiche Bindungswirkung zu entfalten³⁰. Hiernach schuldet der Richter weder einer Präjudizienbildung noch einer Usualinterpretation Gehorsam; diese bilden keinerlei Art eigener Rechtsquellen, sie haben keinen Normgehalt außerhalb des pflichtgemäßen, allein von der Richtigkeitsüberzeugung getragenen Gesetzesverständnisses jedes einzelnen Richters³¹.

Dies hat nach Esser zunächst einmal seinen Grund in der Untrennbarkeit von Gesetz und Richterrecht. Das Juristenrecht ist von Natur aus implicite ein Teil des Gesetzesrechts³², weil es gerade der Richter ist, der nach seinem pflichtgemäßen Verständnis den normativ und soziologisch geltenden Inhalt eines Gesetzes, das "law in action" bestimmt³³. Der dem Gesetz unterworfenen Richter wandelt also das, dem er unterworfen ist, durch sein gewissenhaftes Verständnis selbst um³⁴. Bei dieser Betrachtungsweise ist die Schaffung einer Norm außerhalb des Gesetzes gar nicht denkbar.

In der rationalen, an der jeweiligen Erkenntnis orientierten Schaffung des Richterrechts liegt nach Esser auch sein struktureller Unterschied zum Gewohnheitsrecht: Richterrecht "entsteht" nicht in einer sich linear verstärkenden opinio iuris, sondern es wird erdacht und entschieden in der permanenten Auseinandersetzung neuer Argumente bei neuen Fallgestaltungen und neuen Wertaspekten³⁵. Gerade deshalb liegt seine regelbildende Kraft eben nicht in einer opinio iuris, sondern in der fortbestehenden sachlichen Richtigkeit und Übereinstimmung mit der lebenden Rechtsüberzeugung³⁶.

Dieses Richterrecht ist im Gegensatz zu dem für immer existenten, bis zur endgültigen Profilierung voranschreitenden Gewohnheitsrecht insofern notwendigerweise instabil und, bedingt durch immer neue Problem- und Falleinsichten, – wie Esser sich ausdrückt – "immer unterwegs"³⁷.

29) Ebenda S. 138/283/289.

30) Ebenda S. 118.

31) Festschrift v. Hippel S. 113/114.

32) Festschrift v. Hippel S. 118.

33) Festschrift v. Hippel S. 113.

34) Festschrift v. Hippel S. 113.

35) Festschrift v. Hippel S. 115.

36) Festschrift v. Hippel S. 129.

37) Festschrift v. Hippel S. 120.

Die normative Bindungswirkung des als Gewohnheitsrecht gekennzeichneten Richterrechts wird ferner aus verschiedenen Gründen abgelehnt: Auch nach seiner Stabilisierung muß es für das Richterrecht die Möglichkeit einer viel breiteren Aus- und Durchformung geben als bei einem Gesetzestext, da dieser im Gegensatz zu dem unscharfen Normbereich des Juristenrechts einen klaren Tatbestand enthält, der bereits das Ergebnis jahrzehntelanger Diskussion und Gestaltung ist³⁸. Der Richter ist ferner in der wissenschaftlichen und dogmatischen Auffassung allein seinem Gewissen unterworfen³⁹. Die sich hieraus ergebende Rechtsüberzeugung muß es gestatten, in jedem Einzelfall die "Probe aufs Exempel"⁴⁰ zu machen, also das bisher Anerkannte und scheinbar Feststehende im Hinblick auf seine Richtigkeit für die konkrete Urteilsfindung in Frage zu stellen und gegebenenfalls zu korrigieren⁴¹.

Für Esser ist es schließlich nicht erklärbar, warum für die Abänderung eines solchermaßen geschaffenen Richterrechts nur neues derogierendes Gewohnheitsrecht in Frage kommen kann. Unbeantwortet bleibt nämlich erstens, wie sich überhaupt angesichts einer einmal als "Gewohnheitsrecht" geltenden judiziellen Meinung eine Korrektur, insbesondere durch die für notwendig gehaltene *desuetudo*, durchsetzen soll⁴².

Zweitens ergibt sich als gänzlich unannehmbare Konsequenz eines derartig gebundenen Richterrechts, daß nicht nur die erneute Fortbildung, sondern auch die bessere Einsicht und Korrektur einer inzwischen von der Wissenschaft, den Erfahrungen oder den sozialen Veränderungen desavouierten Rechtsprechung blockiert wäre — und dies paradoxerweise viel definitiver als bei einem noch so eindeutigen Gesetzesrecht⁴³.

2. Flume lehnt ebenfalls eine positivistische Legitimierung des Gerichtsgebrauchs als Gewohnheitsrecht ab⁴⁴.

Das ergibt sich hiernach zuvörderst aus der Funktion des Richters im Gemeinwesen. In dem modernen Gesetzestaat ist der Richter vornehmlich an das Gesetz, d. h. an die Fülle der positiv gesetzten Einzelnormen, gebunden. Jede Einzelnorm ist gegebenenfalls aus der für sie verbindlichen Gesamtrechtsordnung zu ergänzen oder abzuändern. Die Aufgabe des Richters beschränkt sich allein darauf, dies zu erkennen und festzustellen. Er hat demgegenüber kein Recht zu setzen, er ist also kein Gesetzgeber. Anders ausgedrückt: Der Richter findet das Recht, er hat es aber nicht zu "erfinden"⁴⁵.

Weiterhin erkennt Flume dem nicht positivierten Richterrecht die gesetzesgleiche Bindungswirkung ab, weil dies — ähnlich wie bei Esser — allein "kraft der Anerkennung seiner Richtigkeit" gilt⁴⁶. Zwar ist dem Richter eine Abweichung von diesem Recht nicht

38) Festschrift v. Hippel S. 114.

39) Festschrift v. Hippel S. 113.

40) Festschrift v. Hippel S. 121.

41) Festschrift v. Hippel S. 124/129.

42) Festschrift v. Hippel S. 122.

43) Festschrift v. Hippel S. 122.

44) Vgl. K 23.

45) K 25.

46) K 24.

schon dann erlaubt, wenn er es selbst "besser weiß", weil die Tatsache eines bereits vorhandenen entgegenstehenden Gerichtsgebrauches mehr als nur statistischer oder rein soziologischer Natur ist⁴⁷. Ist der Richter aber der Meinung, daß die Änderung auch als Rechtens entgegen der bisher anerkannten Auffassung in den Gerichtsgebrauch aufgenommen wird, wenn nur erst einmal auf die Rechtseinsicht aufmerksam gemacht wird, so ist ihm eine Abweichung von der überkommenen Ansicht möglich⁴⁸.

3. Sonnenberger kommt es darauf an, das Richterrecht aus dem Gewohnheitsrechtsbegriff herauszulösen, um auf diese Weise seine spezifischen Eigenarten für die weitere Diskussion zur Präjudizienbindung sichtbar zu machen⁴⁹. Zu diesem Zweck weist der Verfasser neben ideengeschichtlichen Fehlinterpretationen des Gewohnheitsrechtsbegriffs⁵⁰ nach, daß das Richterrecht bzw. der Gerichtsgebrauch auch aus systematischen Gründen nicht dem Gewohnheitsrecht zugeordnet werden kann.

Schon die Bezeichnung "Übung" ist nach Sonnenberger für die Ausbildung von Rechtsregeln richterlicher Herkunft unzutreffend. Richter üben nicht Gewohnheiten, sondern entwickeln als Staatsorgane nach bestimmten Kriterien Regeln, die sie je nach den prozessualen Zufällen einer kleineren oder größeren Zahl von Entscheidungen zugrundelegen⁵¹.

Ferner paßt die zur Bejahung von Gewohnheitsrecht erforderliche Verknüpfung der Übung mit einem gleichzeitigen Rechtsgeltungswillen⁵² nicht für das Richterrecht. Beim Volksgewohnheitsrecht sind die Übenden mit denen identisch, die diese Übung als rechtsverbindlich wollen. Anders beim Gerichtsgebrauch: Die einen, die Richter, stellen die Regel auf, und erst die Rechtsgenossen qualifizieren sie durch ihren Rechtsgeltungswillen. Das ist ein völlig neuer Entstehungsvorgang, der verschiedene Konsequenzen haben kann. So ist es möglich, daß die Überzeugung oder der Geltungswille der Rechtsgenossen fortbesteht, auch wenn eine gefestigte Rechtsprechung aufgegeben wird. Umgekehrt können Geltungswille und Überzeugung entfallen, ohne daß die Gerichte die betreffende Regel aufgeben. Das Zusammenspiel von Übung und Rechtsgeltungswille ist also nicht mehr zwingend, sondern rein zufällig⁵³; ein Ergebnis, das mit der herkömmlichen Gewohnheitsrechtsdoktrin unvereinbar ist.

4. Zuletzt wendet sich Säcker dagegen, daß durch die Einordnungsmöglichkeit des Richterrechts als Gewohnheitsrecht die damit verbundenen Legitimationsprobleme verschleiert werden.

47) K 23.

48) K 24; ähnlich Meyer-Ladewig AcP 161, 125 — 127.

49) S. 242.

50) S. 232 — 234.

51) S. 234, so auch Germann S. 272.

52) Die Übung muß ja Manifestation des Rechtsgeltungswillens sein, vgl. oben B I (S. 80 d. A.).

53) S. 234/235.

Er stellt fest, daß eine Vielzahl von Entscheidungen keinen kognitiven, also aus den gesetzgeberischen Wertvorstellungen ausgeformten, sondern volitiven, d. h. aufgrund subjektiver Wertungen hervorgebrachten Inhalt haben⁵⁴. Es liegen häufig keine rechtlich determinierten, sondern politische Entscheidungen vor⁵⁵. Damit ist das Problem der Legitimation des Richters zum Ausspruch solcher Entscheidungen im gewaltenteilenden Rechtsstaat aufgeworfen, und es muß geklärt werden, wie sich diese richterliche Macht mit dem in Art 20 Abs. 2 GG normierten Prinzip der Volkssouveränität verträgt. Statt dessen wird mit der herrschenden, von Säcker als "etatistisch-legalistisch" bezeichneten⁵⁶ Rechtsquellenlehre suggeriert, man könne durch die Unterordnung des Richterrechts unter die Kategorie des allgemeinen Volksgewohnheitsrechts eine klare Trennung von Recht und Politik, Staat und Gericht ermöglichen. Dadurch wird die ideologische Implikation des Richterrechts, dessen verfassungspolitische Brisanz, entschärft⁵⁷.

II. Notwendigerweise muß die Konstruktion einer normativen Verbindlichkeit richterlicher Rechtsregeln in Form von Gewohnheitsrecht auch bei denjenigen auf Ablehnung stoßen, die in dem Richterrecht als solchem schon eine selbständige Rechtsquelle sehen. Der Unterschied zur hM ist nicht nur theoretischer oder terminologischer Natur, wie man auf den ersten Blick meinen möchte: Alle Vertreter einer das Richterrecht einbeziehenden Rechtsquellendoktrin ermöglichen nämlich unter wesentlich erleichterten Bedingungen das Abweichen von einer vorgegebenen Judizienreihe, als dies bei dem herkömmlichen desuetudo-Postulat der Fall ist⁵⁸.

1. Rüthers erscheint es als Umweg, die normative Kraft richterlicher Entscheidungen für das Rechtsleben mit gewohnheitsrechtlichen Argumenten zu begründen⁵⁹.

In Wahrheit ist der vom Historismus geschaffene "halb mystische" Begriff der consuetudo hiernach in seiner aktuellen Erscheinungsform richterlich verkündetes, regelmäßig auf Präjudizien gegründetes Recht, also Richterrecht⁶⁰. Seine gesetzesähnliche Bedeutung bekommt dieses Recht nicht aus einer allgemeinen Überzeugung, sondern durch die Autorität der Gerichte selbst, die in der Erwartung und Wahrscheinlichkeit liegt, daß künftige gleichartige Fälle im gleichen Sinne entschieden werden⁶¹.

Gründet sich die normative Kraft auf die Autorität des Gerichts, so bereitet eine Änderung der Rechtsprechung durch diejenige Autorität, die sie geschaffen hat, grundsätzlich keine Schwierigkeiten, wobei allerdings die Interessen an der Abweichung stärker sein müssen als die Stabilitätsinteressen, besonders der Vertrauensschutz der Bevölkerung⁶².

54) ZRP 1971, 146.

55) ZRP 1971, 149.

56) ZRP 1971, 149.

57) Vgl. ZRP 1971, 149.

58) S. oben B I a. E. (S. 81 d. A.).

59) S. 466.

60) S. 464.

61) S. 465/466.

62) S. 466.

2. Adomeit wirft der heutigen Rechtsquellendoktrin vor, daß sie die Gewohnheitsrechtskategorie geradezu dahin verenge, "verbale Transformationsklauseln für die Anerkennung des Richterrechts zu liefern, wobei man nur mit der Forderung nach einer zeitweilig fortgeführten Judikatur noch Elemente der Gewohnheitsidee konserviert"⁶³.

Nach dieser Auffassung besteht in der Wirkung zwischen dem Gesetzesrecht mit all seinen Derivaten auf der einen und dem Richterrecht auf der anderen Seite Gleichrangigkeit. Hierbei kommt es auf die jeweilige "ratio decidendi", den tragenden Rechtsgrund für die Entscheidung an, wofür zumeist der ausformulierte Leitsatz maßgeblich ist⁶⁴.

Adomeit spricht der Aufnahme des Richterrechts in die Rechtsquellentheorie aber keine stärkeren Wirkungen als die bisher bestehenden zu. Dieselbe Relativierung, die das Gesetzesrecht durch die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung erfährt, gilt auch für das Richterrecht selbst⁶⁵, ohne daß es jedoch erst zur Ausbildung einer ständigen Rechtsprechung kommen muß⁶⁶.

3. Bertelmann greift den Begriff der "ratio decidendi" für sein Rechtsquellenverständnis auf. Er sieht darin, soweit ihr keine nur gesetzesanwendende Funktion zukommt, demokratisch legitimiertes Richterrecht, das "als interpretative Veränderung oder Ergänzung des Gesetzes" Rechtssatzquelle ist⁶⁷. Entgegen Adomeit ordnet Bertelmann dieser Rechtsquelle aber keinen gesetzesgleichen, sondern nur untergesetzlichen Rang ein⁶⁸. Das Gewohnheitsrecht ist demgegenüber entbehrlich, weil ihm keine Relevanz zukommt⁶⁹. Es ist mit der richterlichen Entscheidung als positivierte und durchsetzbare Norm identisch⁷⁰.

Die über lange Zeit geübte Rechtsprechung wird nach Bertelmann allein unter dem Gesichtspunkt der Abänderbarkeit des Richterrechts bedeutsam. Der Einfluß der Zeit bildet nämlich ein Argument, dem sich auch richterlich entschiedene Rechtsfragen nicht entziehen können, indem wegen des langen Bestandes einer Rechtsregel dieses ohne überzeugenden Angriff Anspruch auf Weiterbestand hat⁷¹.

4. Fikentscher schließlich beschreitet in seiner an der sog. "Fallnorm" ausgerichteten Methodenlehre einen Mittelweg. Für ihn ist zwar das Richterrecht die maßgebliche zweite Rechtsquelle neben dem Gesetzesrecht, und es hat dieselbe Bindungskraft⁷². Der Begriff des Gewohnheitsrechts braucht aber deshalb nicht aufgegeben zu werden. Für Fikentscher ist das Gewohnheitsrecht vielmehr eine Unterart des Richterrechts, und zwar dasjenige,

63) S. 58.

64) S. 45.

65) S. 50.

66) S. 47.

67) S. 214.

68) S. 214.

69) S. 12.

70) S. 214.

71) S. 204.

72) S. 337.

welches aufgrund kürzerer oder längerer Gewohnheit, verbunden mit einem Rechtsgeltungswillen, die überzeugungskräftigste Form darstellt⁷³.

Aber auch im Rechtsquellensystem von Fikentscher bleibt die Möglichkeit, Recht neu zu bilden. Eine Bindung an eine für unzutreffend erkannte "Fallnorm" besteht nicht⁷⁴.

D. Stellungnahme

Es erscheint fraglich, ob der Begriff des Gewohnheitsrechts angesichts der Vielzahl der genannten Gegenargumente noch für das Richterrecht herangezogen werden kann, wie es das OLG Hamm zur Begründung der Verfahrenszweitbeschwerde unternommen hat.

I. Dafür sollen zunächst die bereits aufgedeckten Unterschiede zwischen dem Volksgewohnheitsrecht und Richterrecht vertieft werden.

Das Volksgewohnheitsrecht beruht vor allem auf der Tradition, dem Herkommen, der Übung, also Verhaltensweisen, denen insgesamt das Moment der Freiwilligkeit anhaftet. Es bedarf für dieses Recht keiner inneren Begründung. Allein die Vielzahl der äußerlich feststellbaren Anwendungsakte, die auf die entsprechende Überzeugung in der Rechtsbevölkerung schließen lassen, gibt ihm die Legitimation als verbindliche Rechtsnorm. Deshalb kann auch der Grundsatz "error communis facit ius"⁷⁵ unwidersprochen bleiben.

Das Richterrecht hingegen ist durch drei Stichworte zu kennzeichnen: den Entscheidungszwang, den Begründungszwang und den Zwang zur Methodik. Der Entscheidungszwang ergibt sich aus dem Verbot der Rechtsverweigerung, wonach der Richter verpflichtet ist, rechtliche Zweifel bei der Auslegung zu klären, das unklare Gesetz in seiner Bedeutung zu erhalten, rechtliche Gesetzesfehler zu berichtigen und lückenhafte Normen zu ergänzen⁷⁶. Der Begründungszwang wird heute – wie festgestellt⁷⁷ – aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet. Die Pflicht zur Methodik, also zur rationalen Nachvollziehbarkeit der jeweiligen Begründung schließlich ergibt sich aus der Bindung des Richters an Recht und Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG. Damit erhält das Richterrecht seine Legitimation ausschließlich aus der Aktualisierung der Rechtsordnung im Einzelfall. Dafür kommt es im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht nicht auf die bloß äußere Vielzahl gleichförmiger Entscheidungen an, sondern auf die Überzeugungskraft der Einzelargumentation. Fällt diese mit dem Wandel der Rechtsordnung oder deren erweiterter Inhaltserkenntnis fort, so besteht gerade die Pflicht des Richters, seine zukünftigen Entscheidungen dieser veränderten Situation anzupassen.

73) S. 222 m. Fußn. 164/S. 319/320.

74) S. 347/348.

75) Vgl. oben B I a. E. (S. 81 d. A.).

76) Stein-Jones-Schumann Einl. III Rdn 225.

77) S. oben § 2 B III 1 a mwN (S. 29 d. A.).

Infolgedessen ist der gewohnheitsrechtliche Grundsatz, auch ein Irrtum könne Rechtsgeltung begründen, auf das Richterrecht nicht übertragbar. Man kann maW. den Irrtum, § 568 Abs. 2 ließe sich als Rechtsmitteleröffnung für die Verfahrenszweitbeschwerde auslegen, nicht deshalb, weil er oft genug wiederholt worden ist, zum Bestandteil der Rechtsordnung umfunktionieren und so die fehlende Konkordanz zur Einzelfallentscheidung wieder herstellen.

Eine weiterer Unterschied liegt in der bereits von Sonnenberger⁷⁸ aufgezeigten Genese des Richterrechts im Verhältnis zum Volksgewohnheitsrecht. Daß nämlich das als consuetudo deklarierte Juristenrecht völlig unabhängig von dem Geltungswillen und der Übung der Rechtsbevölkerung ist, beweist ein Zitat des BGH aus dem Jahre 1955. Darin ging es um die Frage, welche Folgen eine Entscheidung des großen Senats des Patentamtes vom 7.8.1953⁷⁹ hatte, in der dieser von der seit 1877 geltenden Auslegung des § 2 PatG a. F. abgewichen war und ausgelegte Unterlagen von Patentanmeldungen den öffentlichen Druckschriften nach § 2 PatG a. F. gleichstellte. In der Entscheidung heißt es: "Wenn nunmehr der große Senat des Patentamtes ... mit diesem Gewohnheitsrecht brach, so kann das nur bedeuten, daß von diesem Zeitpunkt ab der gewohnheitsrechtliche Satz keine Gültigkeit mehr hatte. Ihm fehlte von nun an der Rückhalt in der allgemeinen Rechtsüberzeugung, auf Grund deren er bisher gegolten hatte. Die Rechtslage ist insoweit keine andere, als wenn eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift von einem bestimmten Tage ab durch eine andere gesetzliche Bestimmung abgelöst worden wäre"⁸⁰.

Klarer läßt sich die selbstverständene Autonomie der Rechtsprechung im Hinblick auf die Schaffung oder Ablösung von "Gewohnheitsrecht" nicht verifizieren. An die Stelle einer (derogierenden) Volksüberzeugung wird die Überzeugung allein des Gerichts gestellt. Und damit nicht genug: Für die völlige Abkehr von einer jahrzehntelangen Tradition wird nicht mehr — wie sonst — zumindest eine abweichende Judizienkette verlangt, sondern es genügt nach Meinung des BGH eine einzige Entscheidung! Die Unvereinbarkeit des Richterrechts mit dem Gewohnheitsrechtsbegriff liegt damit offen zutage.

Man könnte nun dieser allgemein gehaltenen Argumentation entgegenen, daß sie nur für das materiell-rechtliche Richterrecht gelten könne, wo tatsächlich die Prämisse zutrifft, daß die Übenden, also die Rechtsbevölkerung, mit denen, die diese Übung als Recht wollen, den Richtern, nicht identisch sind und demzufolge der typische Entstehungsvorgang für Gewohnheitsrecht nicht vorliegt (Sonnenberger)⁸¹. Bei der Verfahrenszweitbeschwerde, um deren Gewohnheitsrechtscharakter es hier geht, handelt es sich aber um Prozeßrecht. Dessen Adressaten könnten die Richter selbst sein, so daß die ursprüngliche Identität derjenigen, die die Regel schaffen, und des Personenkreises, der sie befolgt, wieder hergestellt wäre.

78) S. oben C I 3 (S. 86 d. A.).

79) NJW 1953, 1646.

80) BGH NJW 1955, 1553 (1555).

81) S. oben C I 3 (S. 86 d. A.).

Damit würde jedoch verkannt, daß das Verfahrensrecht kein Selbstzweck, kein "justiziell-technisches Binnenrecht" ist. Die Prozeßordnung ermöglicht vielmehr die Bewährung des objektiven Rechts durch den Schutz subjektiver Rechte; seine Aufgabe besteht in der Friedensherstellung zwischen den Parteien⁸². Damit sind die Adressaten des Verfahrensrechts letztlich die Masse der potentiell rechtsschutzbegehrenden Prozeßbeteiligten, konkret gesagt: bei der weiteren Beschwerde wegen Verfahrensfehler der mögliche Beschwerdeführer und sein Gegner. Die für das materielle Recht entwickelte Prämisse der Nichtidentität der das Richterrecht Schaffenden und derjenigen, die dieses üben, gilt damit auch im Prozeßrecht.

Die sich daraus ergebenden strukturellen Unterschiede verbieten es, richterliche Rechtsschöpfungen wie die Verfahrenszweitbeschwerde dem Gewohnheitsrecht zu unterstellen.

II. Das wird durch ein zweites, bisher nicht erörtertes Argument verstärkt. Hierbei geht es um das völlig ungeklärte Verhältnis zwischen dem sog. Gerichtsgebrauch und dem Gewohnheitsrecht in Form der Usualinterpretation. Beide Begriffe kennzeichnen Richterrecht, jedoch — wie dargelegt⁸³ — mit völlig entgegengesetzten Konsequenzen: Entweder es liegt nur ein Gerichtsgebrauch vor, von dem bei besserer Erkenntnis wieder abgewichen werden kann, oder es existiert bereits Gewohnheitsrecht mit der Folge einer starren Bindungskraft. Ein so konstituiertes "Alles-oder-Nichts-Prinzip" ist aus zwei Gründen abzulehnen:

Zum einen verschleiert das Begriffspaar Gewohnheitsrecht/Gerichtsgebrauch, was wirklich vorgeht, wenn bei einem Einzelfall die Abweichung von einer bisherigen Judikatur durch bessere Erkenntnis in Frage steht. Es wird nämlich suggeriert, die Prüfung, ob ein Gerichtsgebrauch schon zur *consuetudo* "erstarkt" ist, sei ein Erkenntnisvorgang, der auf bloßer Subsumtion äußerer Fakten — der Rechtsüberzeugung und der feststellbaren Übung — beruhe. In Wahrheit liegt eine reine Interessenabwägung vor, mit der eine Abweichung von der bisherigen Judikatur verlangenden Gesetzestreue des Richters auf der einen Seite und dem Grundsatz der Rechtskontinuität bzw. des Vertrauensschutzes auf der anderen Seite. Auch die Begriffstrennung Gewohnheitsrecht/Gerichtsgebrauch als solche mit derart unterschiedlichen Konsequenzen muß angesichts der notwendigerweise vorhandenen Überschneidungen willkürlich sein. Wie soll man denn bestimmen, wann eine ständige Rechtsprechung schon Gewohnheitsrechtscharakter hat und wann nicht? Ist der aktuelle Vertrauensschutz eines Rechtsuchenden unterschiedlich danach zu beurteilen, ob eine Judikatur beispielsweise schon fünfzig oder erst zehn Jahre alt ist? Das liegt in dem Ermessen des jeweiligen Richters selbst.

82) Stein-Jonas-Schumann Einl. I Rdn. 10/11 mwN.

83) S. oben B II (S. 81 d. A.).

Ihm wird aber letztlich damit die unkontrollierbare Möglichkeit eingeräumt, sich bei einem Konflikt zwischen der besseren Gesetzeskenntnis und dem vorhandenen Richterrecht um der vermeintlich gerechten Entscheidung willen aus seinem Begründungszwang zu entziehen und an die Stelle einer aus dem Gesetz entwickelten, nachvollziehbaren Erklärung seiner Entscheidung die scheinbare Rechtsmacht der *consuetudo* treten zu lassen. Die ist dann umso unbefriedigender, wenn die methodische Fehlerhaftigkeit dieses "Rechts" sogar noch zugegeben wird, was aber nun, da der unverbindliche Gerichtsgebrauch zum Gewohnheitsrecht geworden sei – der Richter hat dies vorher selbst dazu gemacht – hingenommen werden müsse⁸⁴.

Wenn damit schon der Gewohnheitsrechtsbegriff als solcher für das Richterrecht unpassend ist, weil er der Jurisdiktion die Möglichkeit gibt, sich überhaupt eigenes Recht zu schaffen, so gilt das umso mehr, wenn es durch die Begriffstrennung von Gerichtsgebrauch und *consuetudo* zusätzlich noch freisteht, den Zeitpunkt dafür zu bestimmen.

III. Zuletzt ist es die starre, nur durch eine *desuetudo* überwindbare Bindungswirkung selbst, die den Gewohnheitsrechtsbegriff für das Richterrecht unannehmbar macht. Für den allzu naheliegenden Vorteil, eine methodisch entwickelte Verbindung des positivierten Rechts mit der Einzelfallentscheidung durch die Annahme einer *consuetudo* zu ersetzen, wird die Zementierung einer möglicherweise noch nicht abgeschlossenen Rechtsentwicklung in Kauf genommen. In welche methodische "Sackgasse" sich die hM damit manövriert, wird offenkundig, wenn sich eine bislang praktizierte Gesetzesauslegung – deren Gewohnheitsrechtscharakter bereits bejaht worden ist – nachträglich als so fehlerhaft herausstellt, daß eine Abkehr davon unausweichlich ist.

Als Beispiel dient eine BGH-Entscheidung, in der auf die Kritik an dem bereits zitierten⁸⁵ Urteil aus dem Jahre 1955 geantwortet wurde, wonach für die Abwendung von der bisherigen – gewohnheitsrechtlichen – Auslegung des § 2 PatG a. F. eine einzige Entscheidung des Großen Senats des Patentamtes als ausreichend angesehen worden war. Dort findet sich folgende Passage: "Dieses (= das Erfordernis eines entgegenwirkenden Gewohnheitsrechts) ist die Regel; sie setzt voraus, daß sich das Gewohnheitsrecht im gesetzessfreien Raum gebildet hat und daher zu seiner Verdrängung die Neubildung eines Gewohnheitsrechts mit abweichendem Inhalt erforderlich ist. Anders ist die Rechtslage bei Fällen der vorliegenden Art, in denen die Fehlinterpretation eines geltenden Gesetzes gewohnheitsrechtlichen Rang errungen hat. Bei dieser Sachlage steht hinter dem Gewohnheitsrecht, sobald es wieder abgebaut ist, sogleich das – nunmehr zutreffend ausgelegte – Gesetz selbst zur Anwendung bereit. Die Neubildung eines Ersatz-Gewohnheitsrechts kann hier also für den Verlust der Normgeltung des alten Gewohnheitsrechts nicht gefordert werden"⁸⁶.

84) Vgl. OLG Hamm NJW 1979, 171.

85) S. oben I (S. 90 d. A.).

86) BGH NJW 1962, 2054 (2056).

Der BGH kann sich hier nur durch das argumentative Hilfsmittel der Weg-Differenzierung aus den selbst angelegten Fesseln befreien: Danach soll unterschieden werden zwischen dem "gesetzesfreien" und dem "gesetzesauslegenden" Gewohnheitsrecht, und gerade bei letzterem soll eine *desuetudo* nicht erforderlich sein. Dafür wird aber kein sachlicher Grund gegeben. Warum allein das "zutreffend ausgelegte Gesetz" und nicht die nunmehr als unrichtig erkannte, nicht positivierte Rechtslage sofortige Geltung beanspruchen kann, ist nicht einsichtig. In Wahrheit wird damit – bei aufrechterhaltener Gewohnheitsrechtsdoktrin – das *desuetudo*-Postulat und damit die an sich noch fortbestehende Bindung außer kraft gesetzt, um das vorliegende Ergebnis zu rechtfertigen. Das ist ein logischer Bruch, der bei Nichtanwendung des Gewohnheitsrechtsbegriffes für das Richterrecht vermeidbar gewesen wäre.

E. Zwischenergebnis

Der von OLG Hamm (NJW 1979, 170) vertretenen Begründung für die Verfahrenszweitbeschwerde als zivilprozessuales Gewohnheitsrecht kann nicht gefolgt werden. Auf richterliche Rechtsregeln wie die vorliegende Beschwerdeerweiterung ist die Kategorie des Gewohnheitsrecht nicht anwendbar. Ob es anstelle dessen für eine dogmatische Erklärung ausreicht, daß es sich hierbei um Juristenrecht handelt, hängt davon ab, inwieweit diesem eigenständiger Rechtsnormcharakter zukommt. Diese Frage ist im einzelnen noch nicht hinreichend geklärt⁸⁷. Sie bedarf aber für das hier vorliegende Problem keiner Beantwortung, wenn sich eine Lösung finden läßt, die die dogmatische Fundierung der Verfahrenszweitbeschwerde aus der geltenden Rechtsordnung herzuleiten vermag.

87) Vgl. Sonnenberger S. 242 mwN Fußn. 77.

§ 5 Die dogmatische Einordnung der Verfahrenszweitbeschwerde durch immanente Rechtsfortbildung

Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung muß § 568 Abs. 2 sein – die einzige Vorschrift, die die weitere Beschwerde im Zivilprozeß behandelt. Aus der Gesetzesfassung ergibt sich jedoch für den Ansatz einer Begründung der Verfahrenszweitbeschwerde folgende Besonderheit:

Der Hauptsatz des § 568 Abs. 2 lautet: *“Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist ... eine weitere Beschwerde nicht zulässig.”* Darin kommt – wie festgestellt¹ – der negatorische Grundsatz einer Rechtsmittelbeschränkung der Vorschrift zum Ausdruck, die insoweit auch abschließend zu sein scheint. Andererseits ist durch den Nebensatz: *“so weit nicht in ihr ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist”* die positive Ausnahme einer Rechtsmitteleröffnung gegeben².

Diese beiden Aussagen – der Beschwerdeausschluß bei *duae conformes sententiae* bzw. *duo conformia gravamina* und die Rechtsmitteleröffnung bei *duo difformia gravamina* für den Erstbeschwerdeführer – sind gleichrangig und ergänzen einander. Infolgedessen bestehen zwei mögliche Angriffspunkte bei § 568 Abs. 2 zur dogmatischen Einordnung einer Verfahrenszweitbeschwerde, deren Anwendungsbereich sodann in einem zweiten Prüfungsschritt mit dem festgestellten rechtspolitischen Bedürfnis zur Deckung gebracht werden müßte: Entweder man setzt bei dem Beschwerdeausschluß an und begrenzt diesen entsprechend der zugrunde liegenden Teleologie der *duae conformes sententiae*, so daß die Anfechtung wegen Verfahrensfehler von der Rechtsmittelbeschränkung nicht mehr erfaßt wird. Oder man erweitert umgekehrt den Ausnahmetatbestand des neuen selbständigen Beschwerdegrundes, also die Fälle der nonkonformen Vorentscheidungen, um den Fall der konformen, aber in der Beschwerdeinstanz verfahrensfehlerhaft ergangenen Judizien.

In der Rechtsprechung finden sich Beschlüsse, die entsprechend beide Argumentationswege für die Bejahung der Verfahrensrüge beschreiten.

Es wird sich erweisen müssen, ob solche Begründungsversuche der Kritik Bettermanns standzuhalten vermögen, der auch einer immanenten Rechtsfortbildung der weiteren Beschwerde die Berechtigung abspricht.

Zunächst verneint Bettermann schon das Vorliegen einer Regelungslücke bei § 568 Abs. 2, was für eine, wie auch immer außerhalb des Gesetzeswortlauts begründete Verfahrenszweitbeschwerde unabdingbare Voraussetzung ist³. Für ihn liegt die Hauptaussage des § 568 Abs. 2 in der Rechtsmittelbeschränkung. Er sieht darin eine Ausschluß- oder Schrankenvorschrift für die Fälle, bei denen durch die Vorentscheidungen konforme Be-

1) S. oben § 3 A II 1 (S. 52 d. A.); vgl. auch oben § 3 A III 3 a. E. (S. 60 d. A.).

2) S. oben aaO.

3) Vgl. Larenz S. 354; Canaris S. 17/18.

schwerungen erzeugt werden⁴. Damit steht § 568 Abs. 2 für Bettermann auf derselben Stufe wie die §§ 567 Abs. 2, 3, 568 Abs. 2, 127 S. 3 etc.^{5 6}. Wie die unter der Erwachsenheitssumme von 100,— DM liegende, die gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte oder Prozeßkostenentscheidungen der Landgerichte eingelegte Beschwerde hat hiernach die weitere Beschwerde gegen konforme Vorentscheidungen — und damit die Verfahrenszweitbeschwerde — eine abschließende, nämlich negative Regelung erhalten. Die Möglichkeit einer Gesetzeslücke kommt von diesem Standpunkt aus nicht in Betracht⁷.

Unabhängig davon lehnt Bettermann eine durch teleologische Reduktion des § 568 Abs. 2 oder Analogie ermöglichte Anfechtung von Verfahrensfehlern ab, weil es an der erforderlichen Rechtsähnlichkeit zu den der weiteren Beschwerde offenen Fällen nonkonformer Vorentscheidungen — insbesondere bei nur einem Sachbeschluß und einer Verwerfung als unzulässig⁸ — fehle. Nach Ansicht Bettermanns macht es einen wesentlichen Unterschied, ob das Beschwerdegericht in einer Instanz die sachliche Prüfung der Beschwerde überhaupt ablehnt, indem es sie als unzulässig verwirft oder ob es sie aufgrund einer ungenügenden oder verfahrensfehlerhaften Prüfung als unbegründet zurückweist. Danach sei die Rechtsähnlichkeit gerade zwischen error in procedendo und error in iudicando begründet, so daß — da letzterer nach allgemeiner Ansicht nicht anfechtbar sei⁹ — auch der Verfahrensfehler keiner Zweitbeschwerde zugänglich gemacht werden dürfe¹⁰.

A. Die teleologische Reduktion des § 568 Abs. 2

Im siebzehnten Bande der amtlichen Sammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen findet sich ein Beschluß¹¹, der u. a.¹² eine Stütze für die Verfahrenszweitbeschwerde in der ratio des § 568 Abs. 2¹³ finden will. Darin heißt es: "Der innere Grund der im § 531 a.a.O. enthaltenen Bestimmung, durch welche gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts, sofern dieselbe nicht einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält, die weitere Beschwerde ausgeschlossen wird, ist darin zu suchen, daß der Partei, welche die Entscheidung des zuerst angerufenen Gerichtes und die des demnächst gegen diese Entscheidung angerufenen Beschwerdegerichtes gegen sich hat, nicht noch eine dritte Instanz eröffnet sein soll. Dieser Grund der Ausschließung der weiteren Beschwerde liegt nicht vor,

4) ZZZ 77, 12/14.

5) ZZZ 77, 48.

6) Vgl. zu den sonstigen Ausschlüssen der weiteren Beschwerde oben § 1 Fußn. 18, 19 (S. 3 d. A.).

7) Vgl. im Ergebnis Fenn ZZZ 79, 314 Anm zu OLG Stuttgart (ZZZ 79, 305).

8) S. dazu oben § 1 A III 1 (S. 4 d. A.); § 3 A III 3 a (S. 58 f d. A.).

9) S. oben § 1 A III 3 c (S. 6 d. A.).

10) Bettermann ZZZ 77, 44.

11) RGZ 17, 371.

12) Vgl. zu derselben Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Analogie unten B.

13) = § 531 ZPO a. F..

wenn das Beschwerdegericht eine materielle Prüfung der Beschwerde ablehnt, weil es die Beschwerde für unzulässig erachtet Dagegen greift jener innere Grund zwar nicht bloß in dem Falle, wenn das Beschwerdegericht die Gründe der ersten Instanz billigt, sondern auch dann, wenn die Gründe der Zurückweisung der Beschwerde andere sind ... und selbst in dem Falle Platz, wenn die Beschwerde ... auf neue Tatsachen und Beweise gestützt ist und das Beschwerdegericht unter Würdigung der neuen Rechtsbehelfe die Zurückweisung der Beschwerde ausgesprochen hat. Aber in diesem Fall findet die Unzulässigkeit der weiteren Beschwerde ihre notwendige Begrenzung darin, daß der beschwerdeführenden Partei nicht die Prüfung der von ihr zur Begründung der Beschwerde vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel versagt und ihr nicht solchergestalt das rechtliche Gehör beschränkt sein darf“¹⁴.

Den Ausgangspunkt dieser Argumentation bildet der rechtsmittelbeschränkende Regelungsteil des heutigen § 568 Abs. 2. Dessen “innerer Grund” wird vom Reichsgericht zutreffend als das der ursprünglich vorgesehenen Revisionszulassung zugrunde liegende Prinzip der *duae conformes sententiae* identifiziert¹⁵. Danach ist die Vermutung der Richtigkeit eines Judiziums dann gegeben, wenn bereits zwei Instanzen übereinstimmend in einer streitigen Frage entschieden haben, so daß es einer dritten Instanz und damit einer unnötigen Streitverlängerung nicht mehr bedarf¹⁶. Sodann legt der Beschluß des RG die bereits bekannte¹⁷ Kasuistik von *duo conformia* und *duo difformia gravamina* dar. Dadurch daß schließlich die aus dem “inneren Grund” entwickelten Unzulässigkeitsfälle für den zur Entscheidung stehenden Fall — nämlich der Versagung rechtlichen Gehörs in der Beschwerdeinstanz — “ihre notwendige Begrenzung” finden, ist der heute als “teleologische Reduktion”¹⁸ bzw. “Restriktion”¹⁹ bezeichnete methodische Ansatz offenbar: Das RG fügt der zu weit gefaßten Beschwerdeausschließung des § 568 Abs. 2 eine seiner Ansicht nach vom Regelungszweck geforderte Einschränkung für den Prozeßverstoß der Versagung rechtlichen Gehörs hinzu, die im Gesetzeswortlaut nicht enthalten ist.

Fraglich ist, ob dies der Lösungsweg für die Begründung und Ausgestaltung der Verfahrenszweitbeschwerde schlechthin sein kann. Dafür sind die Voraussetzungen einer dementsprechenden teleologischen Reduktion zu prüfen. D. h. in § 568 Abs. 2 muß eine Regelungslücke im Hinblick auf die Zweitanfechtbarkeit bei Fehlern im Beschwerdeverfahren enthalten sein, genauer gesagt, eine sog. verdeckte Regelungslücke²⁰, und die Rechtsfolge einer Reduktion des Beschwerdeausschlusses muß die gewünschte Verfahrenszweite ergeben.

14) RGZ 17, 371 (372/373).

15) S. oben § 3 A III 2 (S. 57 d. A.).

16) S. oben § 3 A IV 2 (S. 62 d. A.).

17) S. oben § 1 A III (S. 3 ff d. A.).

18) Larenz S. 377; Stein-Jonas-Schumann Einl. I Rdn 93.

19) Enneccerus-Nipperdey § 59; Fikentscher S. 311.

20) Vgl. zu dieser Differenzierung Canaris S. 136; Larenz S. 362.

I. Unter eine Lücke versteht man eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes²¹. Den Gegenbegriff bildet der rechtspolitische Fehler. Ist das in Rede stehende Gesetz fehlerhaft, kommt keine Lückenausfüllung mehr, sondern nur eine Gesetzeskorrektur in Betracht²². Die Grenze zwischen Regelungslücke und Fehler in rechtspolitischer Hinsicht verläuft – zugunsten der Möglichkeit einer Lückenfeststellung – weit außerhalb des jeweils diskutierten Gesetzes. Nach allgemeiner Ansicht gehören insbesondere objektive Rechtszwecke bzw. allgemeine Rechtsprinzipien zu den Kriterien einer Lückenprüfung. Umstritten ist nur der Ansatzpunkt: Larenz geht von der "immanenten Teleologie" des fraglichen Gesetzes aus, in die er neben den Absichten und gesetzgeberischen Entscheidungen die genannten Begriffe einbezieht²³. Canaris hingegen hebt auf die Gesamtrechtsordnung als Bewertungsmaßstab für die Feststellung einer Lücke ab und erfaßt hierüber den Bereich der "allgemeinen Rechtsprinzipien und übergesetzlichen Werte"²⁴. Damit kann bei § 568 Abs. 2 eine Regelungslücke angenommen werden, wenn sich die Vorschrift, gemessen sowohl an der eigenen zugrunde liegenden Teleologie als auch an Kategorien der Gesamtrechtsordnung, im Hinblick auf die Anfechtung von Verfahrensfehlern als unvollständig herausstellt.

1. Die größte Bedeutung für die Feststellung einer Lücke hat der Gleichheitsgrundsatz in Verbindung mit dem Sinn und Zweck einer Vorschrift²⁵. Der Gleichheitsgrundsatz gebietet, daß gleichartige Tatbestände gleich und ungleiche verschieden zu behandeln sind. Bezogen auf die ratio der *duo difformia gravamina* in § 568 Abs. 2 müßte also der Anfechtungsausschluß von verfahrensfehlerhaften Beschwerdeentscheidungen ungleich im Verhältnis zum Beschwerdeausschluß konformer Vorentscheidungen und gleich bzw. ähnlich gegenüber den Beschwerdezulassungen bei inhaltlich abweichenden Vorentscheidungen oder dem Fall einer Sachentscheidung plus einer Unzulässigkeitsverwerfung sein²⁶.

An der Andersartigkeit der Situation der Verfahrenszweitbeschwerde gegenüber der von der Zweitzüge ausgenommenen Beschwerde gegen zwei konforme Vorentscheidungen könnte gezweifelt werden, weil an sich die typische Kongruenz zweier Sachentscheidungen auch hier gegeben ist²⁷. Diese Betrachtungsweise wäre aber zu oberflächlich. Das wird an dem Hauptfall des Verfahrensfehlers, der Versagung rechtlichen Gehörs, speziell dem unbewußten Übergehen oder Mißverstehen neuen, entscheidungsrelevanten Tatsachenvorbringens²⁸, deutlich: Entscheidet der Richter aufgrund des von ihm irrtümlich verkürzten Tatsachenmaterials, so ist das gleichbedeutend mit dem Beschwerdebeschluß in einem völlig anderen Fall; der nur fälschlich dem Rechtsmittelführer zugeschrieben wird. Der den Anfechtenden wirklich berührende und von diesem vorgetragene Sachverhalt bleibt dagegen einer

21) Canaris S. 39; Elze S. 6; Larenz S. 358.

22) Sei es im Wege "gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung" (Larenz S. 359), sei es durch eine gesetzgeberische Maßnahme.

23) S. 359.

24) S. 37/38.

25) Canaris S. 71; Larenz S. 359.

26) Zur Kasuistik oben § 1 A III (S. 3 ff d. A.).

27) S. oben § 3 B III (S. 74 d. A.).

28) Ausführlich dazu oben § 2 B I 1 b cc dd (S. 18 f d. A.).

weiteren Prüfung entzogen. Der Verfahrensfehler bewirkt also, daß die zur Entscheidung anstehende gesamte Beschwerde, bestehend aus Antrag und detailliertem Sachvortrag, nicht mehr mit der tatsächlich entschiedenen identisch ist. Es liegen also nur scheinbar zwei Sachentscheidungen — *duae conformes sententiae* — vor. In Wahrheit ist es nur zu einer einzigen, nämlich erstinstanzlichen Entscheidung in der durch das neue Tatsachenvorbringen später substantiierten Sache gekommen²⁹. Die hinter dem Prinzip der *duae conformes* stehende Richtigkeitsvermutung³⁰ kann aber nur dann durchgreifen, wenn von zwei unabhängigen Spruchkörpern auch wirklich in derselben Sache, d. h. in der Streitsache, die den Tatsachenvortrag des Beschwerdeführers zulässigerweise konkretisierte oder modifizierte, entschieden worden ist. Die Beschwerdeabweisung, der aufgrund von Nichtbeachtungen oder Mißverständnissen falsche Tatsachen zugrunde lagen, ist also gegenüber dem vom Gesetzgeber ausgeschlossenen Fall zweier kongruenter Sachentscheidungen andersartig.

Mit der in Wirklichkeit nur einmal vorgenommenen Sachprüfung läßt sich nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz umgekehrt auch ein Ähnlichkeitsschluß ziehen: Wird die weitere Beschwerde in dem Fall zugelassen, daß ein Gericht den Antrag des Rechtsmittelführers irrigerweise als unzulässig, das andere als unbegründet abgewiesen hat, so entspricht es dieser prozessualen Situation, wenn in der Erstinstanz eine Sachentscheidung auf der Grundlage der richtigen Tatsachen und in der zweiten Instanz ein auf den falschen — weil mißverstandenen — Fakten beruhender Beschluß gefällt wird³¹. Beide Argumentationen fußen letztlich darauf, daß über die in Streit befindliche Frage nur eine einzige, sie treffende Sachprüfung vorliegt, mithin also *duae "diffformes" sententiae*.³²

Die durch den Gleichheitssatz begründete Lücke in § 568 Abs. 2 ist jedoch zwei Bedenken ausgesetzt:

Der Unähnlichkeits- bzw. Ähnlichkeitsbeschluß wurde über die Verfahrensfehler übergangen oder mißverstandenen Beschwerdevorbringens als Unterfall der Versagung rechtlichen Gehörs gezogen. Hier ist der Nachweis fehlender Identität zwischen zu entscheidender und entschiedener Beschwerdesache möglich gewesen. Es fragt sich zunächst, ob entsprechendes auch für die vielfältige Kasuistik der übrigen Verfahrensfehler angenommen werden kann. Anderenfalls ist das Differenzierungs- und Gleichbehandlungsgebot nur für die Begründung einer Zweitbeschwerde wegen Verstoßes gegen Art 103 Abs. 1 GG tauglich³³. Dieses Problem ist aber bereits durch die Erkenntnis der Grundrechtsbezogenheit des Großteils der Verfahrensfehler gelöst, denn fast nur Verstöße gegen verfassungsrechtlich abge-

29) Dies ändert nichts daran, daß äußerlich *duae conformes sententiae* und damit kein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben sind. OLG Koblenz MDR 1979, 765 (766), das in derselben Weise argumentiert (s. oben § 3 B III S. 74 d. A.) ist also nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zu zustimmen (s. oben § 3 B III a. E. S. 77 d. A.).

30) S. oben § 3 A IV 2 (S. 62 d. A.).

31) Vgl. Schneider MDR 1972, 914.

32) S. oben Fußn. 29.

33) Vgl. insoweit auch Bettermann Z郑 77, 37.

sicherte Verfahrensgarantien^{34 35}, die sonst mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar wären³⁵, berechtigen zur Anfechtung – und dies nur, wenn sie zudem noch Einfluß auf den Entscheidungsinhalt genommen haben können³⁶. Damit geht es zwar nicht um die fehlende Identität zwischen zu entscheidendem, tatsächlich vorgetragenem und entschiedenem, übergangenen oder mißverstandenen Sachverhalt. Es fehlt vielmehr an der Identität zwischen dem verfassungsrechtlich begründeten und tatsächlich gewährten Beschwerdeverfahren. Für den Rechtsmittelführer ist es aber gleichbedeutend, ob der von ihm vorgetragene Sachverhalt oder eine zur Sicherung eines rechtsstaatlichen Verfahrens und damit speziell zu seinem Schutz vorhandene Prozeßvorschrift negiert wird. Beide Male liegt eine nur scheinbar korrekt zustande gekommene Sachentscheidung vor.

Damit ist jeder Beschwerdebeschluß, dessen Zustandekommen durch einen grundrechtsbezogenen Verfahrensfehler beeinflusst sein kann, unvergleichbar mit dem von der Zweitbeschwerde ausgeschlossenen Fall konformer Vorentscheidungen, aber ähnlich mit dem dazu berechtigenden Fall einer Abweisung als unbegründet plus einer Unzulässigkeitsverwerfung.

Das zweite Bedenken gegen dieses Ergebnis ist das eingangs dargestellte Hauptargument Bettermanns:

Er lehnt insbesondere die Rechtsähnlichkeit zwischen verfahrensfehlerhafter Beschwerdeabweisung und Unzulässigkeitsverwerfung ab, weil die maßgebliche Trennungslinie "für und nach § 568 Abs. 2" zwischen Verwerfung und Zurückweisung, also zwischen Prozeß- und Sachbeschluß liege und demzufolge die zum Sachbeschluß zählenden *errores in iudicando* und *errores in procedendo* einander eher rechtsähnlich seien, nicht aber der Prozeßfehler und die irrtümliche Unzulässigkeitsfeststellung³⁷. Nach dieser Meinung bestehen nur zwei Möglichkeiten: Entweder man lehnt die genannte Vergleichbarkeit ab oder man erkennt auch die Rechtsähnlichkeit zwischen Verwerfung und *error in iudicando* an.

Dieser Argumentation wurde bereits bei dem Problem eines rechtspolitischen Bedürfnisses für die Verfahrenszweitbeschwerde widersprochen³⁸. Unter der vorliegenden Fragestellung soll die Gegenposition aber noch einmal vertieft werden: Die zuletzt genannte Möglichkeit, auf der Grundlage der Bettermann'schen Ansicht auch die Rechtsähnlichkeit des *error in iudicando* zur nonkonformen Beschwerdeentscheidung anzunehmen, scheidet dabei von vornherein aus. Dies würde nämlich trotz eines nichtvorhandenen Bedürfnisses³⁹, dazu führen, daß auch materiell-rechtliche Fehler anfechtungsfähig wären, also in letzter Konsequenz die weitere Beschwerde die Regel und nicht – wie vom Gesetzgeber vorge-

34) S. oben § 2 B I - III (S. 15 ff d. A.).

35) Zu den wenigen Ausnahmen s. a. § 2 B IV (S. 30 ff).

36) S. oben § 2 D (S. 42 f d. A.).

37) Bettermann ZfP 77, 44/45.

38) S. oben § 2 E II 1 b bb (S. 46 d. A.).

39) S. oben § 2 E II 1 b aa (S. 45 f d. A.).

sehen⁴⁰ — die Ausnahme darstellen würde. Auf diesem Wege wäre § 568 Abs. 2 als Vorschrift zur Rechtmittelbegrenzung neutralisiert. Es kann daher nur die Frage sein, ob die festgestellte Rechtsähnlichkeit zwischen einer verfahrensfehlerhaft zustande gekommenen Beschwerdeentscheidung und einer Beschwerdeverwerfung als unzulässig durch die von Bettermann angenommene Verwandtschaft zwischen *error in procedendo* und *error in iudicando* aufgehoben ist. Für die Gleichwertigkeit zwischen materiell-rechtlichem und prozessualen Fehler spricht allein das formale Argument, daß beide auf der Ebene der Begründetheitsprüfung des Beschwerdemittels liegen, während die Verwerfung das Ergebnis — vermeintlich — mangelnder Zulässigkeit ist. Diese äußere Gemeinsamkeit kann aber nicht über die funktionellen Unterschiede zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht hinwegtäuschen. Während der Zivilprozeßordnung die Aufgabe zukommt, das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtete Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen zu regeln⁴¹, geht es beim materiellen Recht — soweit die Beziehung zum Verfahrensrecht in Frage steht⁴² — um den Inhalt der zivilprozessualen Entscheidung⁴³. Einfacher gesagt, regelt das Prozeßrecht die Probleme des "Ob" und "Wie" eines Rechtspflegeaktes, während die materielle Rechtsordnung die Frage des "Was" bestimmt. Schon diese grundsätzlichen Differenzen überwiegen die von Bettermann angeführte Gemeinsamkeit des *error in iudicando* und *error in procedendo*.

Unabhängig davon belegen die Erwägungen noch einmal die Verwandtschaft zwischen Verfahrensfehler und Unzulässigkeitsverwerfung: In beiden Fällen stehen nämlich Verfahrensvorschriften in Frage, deren Anwendung erst die Grundlage für eine korrekte Entscheidungsfindung schaffen sollen⁴⁴, ohne daß es schon auf den materiellen Inhalt des Beschwerdebeschlusses ankommt, und deren jeweilig fehlerhafte Anwendung zu dem dem Beschwerdeführer nachteiligen Beschluß führt; nur daß im einen Fall zwei äußerlich gleichartige Entscheidungen vorliegen, die keine neue Beschwer und damit keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund auslösen.

Bettermann ist also in diesem Punkt seiner Kritik nicht zuzustimmen. Die Tatsache, daß der *error in iudicando* wie der Verfahrensfehler auf der Ebene der Begründetheit vorkommt, ist nur äußerlicher Natur und begründet keine innere Verwandtschaft. Demzufolge ist weder der materiell-rechtliche Verstoß beschwerdefähig zu machen, noch kann aus diesem Grunde die Rechtsähnlichkeit zur irrtümlichen Unzulässigkeitsverwerfung abgelehnt werden.

Es bleibt damit beim bisherigen Ergebnis.

Nach dem Gleichheitssatz entwickelten Unähnlichkeits- bzw. Ähnlichkeitsschlüssen zu den von § 568 Abs. 2 negativ und positiv geregelten Beschwerdefällen ist diese Vorschrift im Hinblick auf die Zweitanfechtbarkeit von grundrechtsbezogenen Verfahrensfehlern lückenhaft.

40) S. oben § 3 A II 1 (S. 52 d. A.).

41) Henckel S. 24.

42) Das materielle Recht setzt nicht notwendigerweise die Einschaltung eines zu einem Rechtspflegeakt berufenen Organs voraus, um zur Durchsetzung zu gelangen; vgl. die Definition bei Henckel S. 25.

43) Stein-Jonas-Schumann Einl. I Rdn. 27.

44) Vgl. OLG Hamm MDR 1972, 521.

2. Diese Feststellung läßt sich auch mit dem Argument stützen, das schon zur Bejahung eines rechtspolitischen Erfordernisses⁴⁵ der Verfahrenszweitbeschwerde geführt hat.

Die Tatsache, daß der ganz überwiegende Teil der zur Zweitbeschwerde berechtigenden Prozeßverstöße zugleich Grundrechte einer Erstbeschwerdepartei tangiert, hat zur Folge, daß bei konsequenter Anwendung des § 568 Abs. 2 für die Korrektur eines Prozeßfehlers zwar keine weitere Beschwerde zulässig wäre, aber in einer Streitsache, die selbst nur von untergeordneter Bedeutung ist, das höchste Bundesgericht erfolgreich angerufen werden könnte, wobei dessen Tätigkeit – die Aufhebung des Beschwerdebeschlusses – auf derselben Stufe mit der des sonst letztinstanzlichen OLG stünde. Diese prozessuale Situation verstößt gegen das Subsidiaritätsprinzip aus § 90 Abs. 2 BVerfGG und gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtssicherheit.

Das Bundesverfassungsgericht hat das in dem oben bei der Frage verfassungskonformer Auslegung des § 568 Abs. 2 zitierten⁴⁶ Beschluß deutlich zum Ausdruck gebracht: "Die Verfassungsbeschwerde ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf, dem nicht die Funktion zukommt, Rechtsmittel, die nach anderen Prozeßordnungen gegeben sind, zu ersetzen Das Subsidiaritätsprinzip enthält ... eine grundsätzliche Aussage über das Verhältnis der Fachgerichte zum Bundesverfassungsgericht. Nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung obliegt zunächst den Instanzgerichten die Aufgabe, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen⁴⁷ Wenn auch in einem umfassenden System der Verfassungsgerichtsbarkeit die Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen der Fachgerichte eröffnet ist, so kann dieses auf die Dauer nur funktionsfähig bleiben, wenn die Gerichte durch eine am Gesamtsystem des Rechtsschutzes und des Subsidiaritätsprinzips orientierte Handhabung des Verfahrensrechts etwaige Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte selbst beseitigen Der Weg der Verfassungsbeschwerde ist ein vermeidbarer Umweg, wenn die Verletzung des Verfahrensgrundrechts durch eine grundrechtlich orientierte Handhabung der Prozeßvorschriften ausgeräumt werden kann. Ein solches zu Lasten des Bürgers gehendes Verfahren muß schon deshalb soweit als möglich vermieden werden, weil die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts notwendigerweise in die der Rechtssicherheit dienende Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen eingreifen muß"⁴⁸.

Daß dieser Beschluß noch mit der hM und entgegen Bettermann eine "Auslegung" des § 568 Abs. 2 zugunsten der Verfahrenszweitbeschwerde propagiert, ist unbeachtlich. Im Gegenteil: Bei mehreren Auslegungsalternativen ist der vom BVerfG dargestellte Konflikt lediglich ein Argument für die Auffassung, die dazu führt, Grundrechtsverstöße schon instanzgerichtlich zu beheben. Nunmehr, wo sich herausgestellt hat, daß die Verfahrenszweitbeschwerde gerade nicht unmittelbar unter den Normbereich des § 568 Abs. 2 fällt, verstärkt sich die Tatsache der Kollision zwischen gesetzlich geregelten Zweitbeschwerdemöglichkeiten und Verfassungsbeschwerde zum Beweis für die insoweit vorhandene Unvollständigkeit des § 568 Abs. 2 und zugleich zum Postulat für dessen Fortbildung.

45) S. oben § 2 E II 1 a (S. 44 f d. A.).

46) S. oben § 3 A V (S. 63 d. A.).

47) BVerfGE 49, 252 (258).

48) BVerfGE 49, 252 (259).

An dieser Stelle wird jedoch Bettermanns weiteres Argument gegen eine Lückenhaftigkeit der Zweitbeschwerdevorschrift relevant⁴⁹. Für ihn steht § 568 Abs. 2 auf derselben Stufe wie andere Rechtsmittelbegrenzungen, namentlich die §§ 567 Abs. 2, 3, 568 Abs. 3, 127 S. 3 etc.⁵⁰ und ist wie diese abschließend. Da aber ein solchermaßen verschlossenes Rechtsmittel nicht mit der Begründung eröffnet werden könne, daß anderenfalls eine ungleich aufwendigere Verfassungsbeschwerde erforderlich würde⁵¹, habe demzufolge auch die Kollision des Zweitbeschwerdeausschlusses bei Verfahrensfehlern mit der Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde keine Bedeutung und müsse de lege lata hingenommen werden⁵².

Der Ausgangspunkt dieses Einwandes, nämlich die Gleichstellung des § 568 Abs. 1 mit insbesondere den §§ 567 Abs. 3, 568 Abs. 3, 127 S. 3 ist abzulehnen. Hier werden ganz verschiedene Kategorien von Rechtsregelungen auf eine Ebene gestellt. Bei den letztgenannten handelt es sich um vollständige und endgültige Rechtsmittelausschlüsse. Der Gesetzgeber hat dadurch eindeutig klargestellt, daß der Instanzenzug unabdingbar und ein für allemal beendet sein soll.

Bei § 567 Abs. 2 und ganz besonders bei § 568 Abs. 2 liegt ein solcher Rechtsmittelausschluß nicht vor. Gerade durch die Erfordernisse etwa einer Erwachsenenheitssumme von 100,- DM oder die hier interessierende difforme Beschwer hat der Gesetzgeber bewußt in sich nicht geschlossene Prozeßbarrieren errichtet, denen – bildhaft gesprochen – nicht die Funktion eines Verschlusses, sondern die eines Filters zugeordnet ist. Es handelt sich also um bloße Rechtsmittelbeschränkungen. Bei Vorschriften dieser Art muß es möglich sein, positiv nicht geregelte, aber entsprechende Fälle auszumachen und hierfür die bestehende Vorschrift fortzuentwickeln.

§ 568 Abs. 2 steht damit entgegen der Auffassung Bettermanns nicht auf derselben Stufe wie die Rechtsmittelbegrenzungen der §§ 567 Abs. 3, 568 Abs. 3, 127 S. 3 etc. Die Vorschrift ist nicht abschließend. Infolgedessen behält auch der Konflikt der Unanfechtbarkeit von verfassungsrelevanten Verfahrensfehlern durch weitere Beschwerde mit deren Aufhebbarkeit im Wege einer Verfassungsbeschwerde seine Beweiskraft für eine dementsprechende Lückenhaftigkeit des § 568 Abs. 2.

3. Dafür soll schließlich noch ein letztes Argument Berücksichtigung finden. Es hat sich im Laufe von fast einhundert Jahren ein stetiges und in den Voraussetzungen gefestigtes Richterrecht gebildet, das bei Verfahrensfehlern die weitere Beschwerde im Zivilprozeß eröffnet. Wie dargestellt, beruht diese Auffassung auf einer irrtümlichen Auslegung des

49) S. oben vor A (S. 54 d. A.).

50) Fußn. 6.

51) Vgl. Fenn ZP 79, 313; Stein-Jonas-Grunsky Allg. Einl. vor § 511 Rdn. 44 zuletzt auch KG MDR 1980, 322 (Nr. 92), das die Zulässigkeit einer auf Versagung rechtlichen Gehörs gestützten weiteren Beschwerde wegen § 568 Abs. 3 ablehnt.

52) Bettermann ZP 77, 48.

§ 568 Abs. 2⁵³. Die Judikatur hat also die Verfahrenszweitbeschwerde in diese Vorschrift nur hineingelesen. Wenn nun diesem Richterrecht durch die Aberkennung als Gewohnheitsrechtsquelle die Möglichkeit genommen ist, sich gewissermaßen “aus sich selbst heraus” zu begründen⁵⁴, so kann andererseits die Tatsache einer von der Richtigkeitsüberzeugung getragenen Übung nicht einfach ignoriert werden. Vielmehr wird dann, wenn sich eine Usualinterpretation der vorliegenden Intensität als fehlerhaft herausstellt, die Manifestation der *opinio necessitatis* zum überzeugungskräftigen Indikator für das Bedürfnis, die fragliche Norm, § 568 Abs. 2, entsprechend auszuformen und deckt damit eine Regelungslücke auf.

Als Zwischenergebnis läßt sich also feststellen: In § 568 Abs. 2 ist eine Regelungslücke als Ausgangspunkt für eine immanente Rechtsfortbildung – hier zunächst in Form teleologischer Reduktion geprüft – zu bejahen. Im Hinblick auf die Möglichkeit einer Zweitbeschwerde bei grundrechtsbezogenen Verfahrensfehlern im Erstbeschwerdeverfahren ergibt sich dies aus der Heranziehung des Gleichheitssatzes, der Kollision zwischen zivilprozessualer Unanfechtbarkeit mit der möglichen Verfassungsbeschwerde, und schließlich aus der Tatsache langandauernder richterlicher Übung. Die von Bettermann erhobenen Einwände haben sich im einzelnen als nicht stichhaltig erwiesen und sind deshalb abzulehnen.

II. Geht man von der Negativaussage des § 568 Abs. 2 aus, so weist die festgestellte Lücke auch die für die teleologische Reduktion typische Charakteristik eines “verdeckten” Regelungsmangels auf: Denn mit dem Wortlaut “*ist nicht zulässig*” erfaßt die Vorschrift an sich alle Fälle von Vorentscheidungen mit konformer Beschwerde, also auch die verfahrenswidrig zustande gekommenen; es fehlt aber an einer Einschränkung des zu weit geratenen Gesetzestextes, der wegen der aufgezeigten Besonderheiten der prozeßfehlerhaft entstandenen Sachentscheidung erforderlich ist⁵⁵.

Die Lücke des § 568 Abs. 2 ist also “verdeckt”, weil es auf den ersten Blick an einer Regelung der Prozeßfehlerzweitanzfechtung – eben in ablehnender Weise – nicht zu fehlen scheint.

III. Zweifelhaft erscheint aber, ob es gerade mit der nunmehr als ein Weg immanenter Rechtsfortbildung eröffneten teleologischen Reduktion möglich ist, die Verfahrenszweitbeschwerde neben der Diffinitivitätsbeschwerde zu verankern. Folge eines solchen Vorgehens kann nämlich nur sein, daß der zu weit gefaßte Beschwerdeausschluß des § 568 Abs. 2 derartig eingeschränkt wird, daß dieser die Zweitanfechtung wegen Verfahrensfehler nicht mehr erfaßt. M. a. W.: Die auf Fehler des Beschwerdeverfahrens gestützte Zweitbeschwerde wäre “zulässig”. Das reicht aber nicht aus. Während es im materiellen Recht

53) § 3 C (S. 78 d. A.).

54) § 4 E (S. 93 d. A.).

55) Vgl. zur Definition der “verdeckten” Lücke: Canaris S. 136; Larenz S. 362/377.

– namentlich in dem für die teleologische Reduktion schon klassisch⁵⁶ zu nennenden Beispiel des § 181 BGB⁵⁷ – möglich ist, eine bestimmte rechtsgeschäftliche Verhaltensweise, die der Wortlaut des Gesetzes für unwirksam erklärt, durch die Hinzufügung einer Einschränkung wirksam zu machen, muß im Verfahrensrecht, insbesondere bei der vorliegenden Verfahrenszweitbeschwerde, außer der bloßen Gestattung mehr hinzukommen, nämlich die inhaltliche Ausgestaltung. D. h. es muß nicht nur feststehen, daß eine weitere Anfechtung bei Verfahrensfehlern überhaupt möglich ist, sondern auch, unter welchen Einzelvoraussetzungen dies der Fall sein soll, also zB ob das Vorliegen des Prozeßverstoßes bereits in der Zulässigkeit zu prüfen ist, ob es sich bei der verletzten Verfahrensvorschrift um ein Recht des Beschwerdeführers handeln muß bzw. ob die „Neuheit“ des Prozeßverstoßes zu verlangen ist.

Die teleologische Reduktion des § 568 Abs. 2, wie sie sich ansatzweise in dem zitierten Beschluß des Reichsgerichts in RGZ 17, 371 findet, führt nicht zur inhaltlichen Ausgestaltung. Diese Form der immanenten Rechtsfortbildung zur dogmatischen Einordnung der Verfahrenszweitbeschwerde ist abzulehnen.

B. Die Möglichkeit eines Analogieschlusses

Wenn somit der negative Regelungsteil des § 568 Abs. 2 für eine Begründung der Verfahrenszweitbeschwerde allein durch dessen Reduktion nicht ausreichend ist, so bleibt die Möglichkeit, an der rechtsmitteleröffnenden Aussage *„soweit nicht in ihr ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist“* anzusetzen.

Die oben bejahte Regelungslücke kann auch hierauf bezogen werden, da ihre Feststellung nicht daran anknüpfte, daß etwa nur der Beschränkungsausschluß unvollständig sei, sondern an die Vorschrift des § 568 Abs. 2 als solche⁵⁸. Mit dieser Gedankenoperation wird aus der „verdeckten“ Regelungslücke eine „offene“; denn dann enthält die Beschwerdezulassung *„neuer selbständiger Beschwerdegrund“* für die Fallgruppe der Verfahrenszweitbeschwerde keine Regel, da die Beschwerde nur bei diffomer Beschwerde eröffnet wird, obwohl die Besonderheiten⁵⁹ der Vorentscheidungen, von denen eine verfahrensfehlerhafte zustande gekommen ist, eine solche Regelung erfordern⁶⁰.

Die Ausfüllung einer solchen „offenen“ Lücke geschieht durch Analogie, also durch die Übertragung der für einen Tatbestand oder für mehrere untereinander ähnliche Tatbestände im Gesetz gegebenen Regel auf den fraglichen, vom Gesetz nicht geregelten Sachver-

56) Vgl. Larenz S. 378.

57) Nämlich die hierdurch begründete Zulässigkeit von Inschlaggeschäften des gesetzlichen Vertreters, die dem Geschäftsunfähigen lediglich rechtliche Vorteile bringen; vgl. BGHZ 59, 236; BFH NJW 1977, 456 entgegen RGZ 157, 31.

58) Vgl. oben A vor I (S. 94 d. A.); A I a. E. (S. 103 d. A.).

59) S. oben A I 1 – 3 (S. 97 ff d. A.).

60) Zur Definition der „offenen“ Lücke Canaris S. 136; Larenz S. 362.

halt⁶¹. Die Verfahrenszweitbeschwerde ist also einer methodisch korrekten Begründung zugänglich, wenn sich die lückenhafte Beschwerdezulassung in § 568 Abs. 2 durch eine Einzel- oder Gesamtrechtsanalogie zu bereits vorhandenen Vorschriften schließen läßt. Auch dafür werden in Literatur und Rechtsprechung verschiedene Ansätze sichtbar.

1. Der insoweit älteste findet sich bei Brettner. Im ersten Band der Zeitschrift für Zivilprozeßrecht aus dem Jahre 1879 heißt es: "Wird gegen die II. conforme Entscheidung behauptet, dass dieselbe nichtig, z. B. weil bei beiden Entscheidungen derselbe Richter mitgewirkt hat, so findet trotz der Uebereinstimmung die w. B. statt. Der Grund ist neu und selbständig, auch in der Entscheidung enthalten, insofern der Beschwerdeführer deren Ungültigkeit behauptet, und sie nicht als unrichtige, sondern als absolut gesetzwidrige anführt"⁶².

Brettner läßt also eine weitere Beschwerde zu, wenn der Rechtsmittelführer einen Prozeßverstoß geltend macht, der im Urteilsverfahren mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar wäre. Das ist dahingehend interpretierbar, daß die in § 579 genannten Prozeßrechtsverletzungen auf § 568 Abs. 2 übertragen werden sollen, um so die Verfahrenszweitbeschwerde zu begründen⁶³.

Hiergegen ergeben sich jedoch in zweierlei Hinsicht Bedenken.

Das erste bezieht sich auf die Analogiefähigkeit oder umgekehrt das Bedürfnis für eine Analogie des § 579: Folgt man nämlich einer vorwiegend in der Rechtsprechung^{64 65} vertretenen Ansicht, so sind die §§ 578 ff nicht im Beschlußverfahren entsprechend anwendbar, weil § 578 ausdrücklich von rechtskräftigen End- "urteilen" spricht. Demzufolge scheidet die Übertragbarkeit auf das Beschwerdeverfahren und damit notwendigerweise auf § 568 Abs. 2 von vornherein aus. Läßt man andererseits mit der Gegenauffassung⁶⁶ eine entsprechende Anwendung der §§ 578 ff auf Beschlüsse zu, die wegen Erschöpfung des Rechtsmittelzuges unanfechtbar und damit rechtskräftig sind, so bedarf es daneben gar keiner gesonderten Anfechtung mittels Verfahrenszweitbeschwerde mehr, denn soweit Nichtigkeitsgründe in Frage stehen, ist dem Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen mit der "Wiederaufnahmebeschwerde" hinreichend Genüge getan⁶⁷.

Dessen ungeachtet wäre § 579 aber auch für eine Regelung der Verfahrenszweitbeschwerde mit ihrer weitverzweigten Kasuistik völlig unzureichend. Wenn nur die vier dort ge-

61) Vgl. Larenz S. 366.

62) ZJP 2, 251/252.

63) Zu dieser Interpretation auch Bettermann ZJP 77, 44, Fußn. 110.

64) RGZ 73, 194 (196); 120, 170 (173); KG JR 1958, 146; dass. MDR 1961, 238 (Nr. 83); OLG Köln Rpfleger 1975, 400; OLG Stuttgart NJW 1976, 1324.

65) Vgl. aber auch Wieczorek § 578 Anm. D IV a.

66) OLG Hamm JMBI 1978, 78; Baumbach-Hartmann Grundz. vor § 578 Anm. D 2 d; Stein-Jonas Grunsky vor § 578 Rdn. 29; Zöller-Schneider § 577 Anm. V 3 b.

67) Vgl. auch Bettermann ZJP 77, 47.

nannten Prozeßfehler zur weiteren Beschwerde berechtigten, bliebe ein Großteil von Verstößen unanfechtbar — insbesondere die Fallgruppe der Versagung rechtlichen Gehörs⁶⁸ —, so daß weiterhin nach einer umfassenderen Lösung Ausschau gehalten werden müßte⁶⁹.

Der von Brettner vorgeschlagene Ansatz führt damit nicht weiter.

II. Bettermann selbst prüft zwei andere Analogiemöglichkeiten, lehnt diese jedoch aus verschiedenen Gründen ab.

1. Er erwägt zunächst eine "Beschränkung der Verfahrenszweitbeschwerde auf die absoluten Revisionsgründe des § 551"⁷⁰. Dies läuft methodisch auf eine Übertragung der dort genannten Prozeßverstöße in den § 568 Abs. 2 hinaus.

Wenngleich Bettermann an späterer Stelle⁷¹ die grundsätzliche Vergleichbarkeit zwischen Zweitbeschwerde und Revision anerkennt, verneint er doch die Analogie zu § 551, weil die absoluten Revisionsgründe stets eine zulässige Revision voraussetzten und deren Zulässigkeitsmangel nicht unbeachtlich machen könnten. Es sei nicht einzusehen, und das Gesetz liefere keinen Anhalt dafür, daß es bei der Beschwerde anders sein sollte⁷².

Dieses Argument ist nun nicht mehr tragfähig. Es beruht auf der Prämisse Bettermanns, daß § 568 Abs. 2 eine in sich abgeschlossene Vorschrift darstelle, die die weitere Beschwerde bei konformen Vorentscheidungen ausschließe — also auch bei Vorliegen eines Verfahrensfehlers —, und die deshalb durch andere Vorschriften nicht in diese Richtung "aufgebrochen" werden könne⁷³. Dies hat sich jedoch als unzutreffend herausgestellt, da § 568 Abs. 2 sehr wohl lückenhaft im Hinblick auf die Anfechtbarkeit grundrechtsrelevanter Prozeßfehler ist⁷⁴ und es nur noch der Schließung dieser Lücke bedarf, um der Verfahrenszweitbeschwerde ihren Platz neben der Difformitätsbeschwerde zuzuweisen und sie in einem weiteren Schritt einer sonst möglichen Verfassungsbeschwerde vorzuschalten. Dafür könnte auch § 551 heranziehbar sein.

Gleichwohl scheitert im Ergebnis eine Analogie hierzu, aber aus einem anderen Grund. Ähnlich nämlich wie § 579 ist der Katalog der absoluten Revisionsgründe für die Prozeßfehler rüge unzulänglich. Zwar ist hier insofern eine Erweiterung der Verfahrensfehler gegeben, als nunmehr die Verletzung von Zuständigkeitsnormen (Nr. 4), der Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz (Nr. 6) sowie das Fehlen von Entscheidungsgründen (Nr. 7) zur Aufhebung berechtigen. Auch hier bleibt aber der am häufigsten gerügte

68) S. oben § 2 B I (S. 15 ff d. A.).

69) Vgl. KG ZZZ 90, 417 (418).

70) ZZZ 77, 47.

71) ZZZ 90, 420, Anm zu KG (ZZZ 90, 417).

72) ZZZ 77, 47.

73) Vgl. oben vor A (S. 94 d. A.); zur Auseinandersetzung mit dieser Interpretation der § 568 Abs. 2 oben A I 2 (S. 101 f d. A.).

74) S. oben A I a. E. (S. 103 d. A.).

Verfahrensfehler in der Form der Versagung rechtlichen Gehörs⁷⁵ außen vor. Das würde dem festgestellten Beschwerdebedürfnis⁷⁶ nicht gerecht.

2. Bettermann prüft weiterhin eine analoge Anwendung des § 79 Abs. 2 S. 2 VwGO⁷⁷. Darin heißt es: *“Als eine zusätzliche Beschwerde gilt auch die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift, sofern der Widerspruchsbescheid auf dieser Verletzung beruht”*.

Dies ist an sich in klarer Gesetzessprache die denkbare Generalklausel für die Verfahrenszweitbeschwerde. Diese Formulierung hätte sogar noch den Vorteil, daß unmittelbar an das Konformitätsprinzip des § 568 Abs. 2 angeschlossen und dieses indirekt definiert werden könnte. Auch sind beide Vorschriften miteinander verwandt, weil § 79 Abs. 2 S. 1 VwGO bewußt dem § 568 Abs. 2 nachgebildet worden ist, dessen Konformitätsprinzip als Lösungsmodell für die Frage diente, ob und wann ein Widerspruchsbescheid allein, also ohne den zugrunde liegenden Verwaltungsakt zum Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage gemacht werden kann⁷⁸.

Mit Bettermann ergibt sich jedoch aus diesem völlig anders gearteten Regelungszweck die Nichtübertragbarkeit des § 79 Abs. 2 VwGO auf die Zweitbeschwerde im Zivilprozeß. Denn würde man diese Spezialregel auf das Beschwerdeverfahren ummünzen, so ginge es nur um die Frage, was Gegenstand der weiteren Beschwerde wäre: der isolierte Beschwerdebefehl oder dieser zusammen mit der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Statthaftigkeit einer weiteren Beschwerde würde also bereits vorausgesetzt, ohne daß § 79 Abs. 2 VwGO, also auch nicht dessen S. 2, darüber eine selbständige Aussage enthielte. Aber darin besteht gerade das Problem! Während die Frage des Gegenstandes der Zweitbeschwerde bereits durch den Gesetzeswortlaut des § 568 Abs. 2 geregelt ist, wonach nur *“die Entscheidung des Beschwerdegerichts”* maßgeblich ist, bleibt auch nach dem Regelungskontext des § 79 Abs. 2 VwGO offen, ob und unter welchen Voraussetzungen die nicht positiv normierte Verfahrenszweitbeschwerde zulässig sein soll⁷⁹.

Damit scheidet ebenfalls eine Analogie des § 551 oder des § 79 Abs. 2 S. 2 VwGO für die dogmatische Einordnung der Prozeßfehleranfechtung aus.

75) Vgl. im einzelnen oben § 2 B I 1 (S. 15 ff d. A.).

76) S. oben § 2 E II (S. 46 d. A.).

77) ZZZ 77, 46.

78) Bettermann NJW 1958, 83; ders. ZZZ 77, 16.

79) Vgl. Bettermann ZZZ 77, 46.

III. Die Reihe von Analogievorschlägen der Literatur und Rechtsprechung wird komplettiert durch eine Erweiterung des Tatbestandsmerkmals "*neuer selbständiger Beschwerdegrund*" in § 568 Abs. 2.

Der erste Ansatz dazu läßt sich bereits in dem oben für die teleologische Reduktion zitierten⁸⁰ Beschluß des Reichsgerichts aus dem Jahre 1887 nachweisen. Der entsprechende Passus lautet: "Ein solches Verhalten des Beschwerdegerichts (= die Versagung rechtlichen Gehörs) steht vielmehr der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegenüber auf gleicher Stufe mit der Ablehnung einer materiellen Prüfung der Beschwerde wegen Unzulässigkeit der letzteren"⁸¹.

Dieser Gleichstellung von Unzulässigkeitsverwerfung und verfahrensfehlerhaft zustande gekommener Sachentscheidung hat sich erst wieder Schneider in einem 1972 erschienenen Aufsatz angeschlossen⁸².

Was sich dahinter in methodischer Hinsicht verbirgt, legen nun drei in kurzer Reihenfolge hintereinander veröffentlichte OLG-Beschlüsse dar, die allesamt auf Schneider verweisen. An den fraglichen Stellen heißt es fast wortgleich: "Rechtsmethodisch erscheint diese Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 568 Abs. 2 mit Rücksicht auf die vergleichbaren Sachverhalte ebenfalls gerechtfertigt ..." ⁸³.

Hier schließt sich also der Kreis. Aufbauend auf der Erkenntnis, daß die Verfahrenszweitbeschwerde nicht unmittelbar unter den Normbereich des § 568 Abs. 2 paßt, ist es nahelegend, die Zweitbeschwerdezulassung des neuen selbständigen Beschwerdegrundes ihrerseits zum Gegenstand eines Analogieschlusses zu machen.

Dafür sprechen zwei Gesichtspunkte. Zum einen die Tatsache, daß es keine der Zweitbeschwerde verwandtere Vorschrift geben kann als diese selbst. Zum anderen ist die bereits verifizierte Feststellung zu berücksichtigen, daß eine vorangegangene Unzulässigkeitsverwerfung wertungsmäßig tatsächlich auf derselben Stufe steht wie ein unter Verstoß gegen grundrechtsbezogene Verfahrensvorschriften zustande gekommener Sachbeschluß, da in beiden Fällen in Wahrheit keine die Streitsache selbst treffende Prüfung und Entscheidung vorliegt⁸⁴.

Trotzdem muß eine analoge Anwendung des Tatbestandsmerkmals "*neuer selbständiger Beschwerdegrund*" unbefriedigend sein. Die hierin genannten Einzelerfordernisse sind nur für die Bezeichnung einer difformen Beschwer sachgemäß. Hinsichtlich der Verfahrenszweitbeschwerde führt deren Anwendung – nunmehr legitimiert durch die Analogie – zu denselben Problemen, die bereits die irrtümliche direkte Subsumtion unter § 568 Abs. 2

80) S. oben A (S. 95 d. A.).

81) RGZ 17, 371 (373).

82) MDR 1972, 914.

83) OLG Köln Rpfleger 1975, 260; dass. NJW 1976, 1546 (nur Leitsatz abgedruckt) = MDR 1977, 58 (Nr. 61); OLG Frankfurt Rpfleger 1975, 442.

84) S. oben A I 1 (S. 97 ff d. A.).

mit sich brachte. So könnten, wenn der Verfahrensfehler als *“Beschwerdegrund”* neu und selbständig sein müßte, allein solche Verstöße durch Zweitbeschwerde aufgehoben werden, die erstmals und nur auf der Landgerichtsebene begangen worden wären. D. h. daß derjenige, dessen Rechte besonders nachhaltig verletzt worden wären – weil zweimal in derselben Art und Weise –, unangemessen benachteiligt würde⁸⁵. Auch bliebe mit diesem Analogieschluß die rechtsmittelsystematisch unhaltbare Vermischung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit der Beschwerde bestehen, weil nach wie vor die Existenz des Verfahrensfehlers, obwohl dies schon den Erfolg des Rechtsmittels ausmacht, auf der Ebene der Zulässigkeit geprüft würde⁸⁶.

Die analoge Anwendung des neuen selbständigen Beschwerdegrundes auf Verfahrensfehler ist damit nicht interessengerecht und abzulehnen.

C. Zwischenergebnis

Zur dogmatischen Einordnung der Verfahrenszweitbeschwerde durch gesetzesimmanente Rechtsfortbildung ist folgendes vorläufige Résumé zu ziehen: § 568 Abs. 2, der als einzige Vorschrift über die weitere Beschwerde im Zivilprozeß den Ausgangspunkt jeder methodischen Rechtsentwicklung darstellt, enthält im Hinblick auf die Zweitanfechtbarkeit von wesentlichen Prozeßverstößen eine Regelungslücke. Je nachdem, ob man diese, ausgehend von dem beschwerdebeschränkenden oder -zulassenden Aussageteil des § 568 Abs. 2, schließen will, liegt ein offener oder verdeckter Regelungsmangel vor. Eine teleologische Reduktion der Beschwerdebeschränkung scheitert aber, weil hiermit nicht die positiv zu bestimmenden Einzelvoraussetzungen der Verfahrenszweitbeschwerde gewonnen wären. Die bisher von der Rechtsprechung und Literatur an der Zweitbeschwerdezulassung angeknüpften Analogievorschläge zu den §§ 580, 551, zu § 79 Abs. 2 S. 2 VwGO und schließlich zu dem Tatbestandsmerkmal *“neuer selbständiger Beschwerdegrund”* in § 568 Abs. 2 sind insgesamt wegen inhaltlicher Unzulänglichkeit, Unübertragbarkeit oder mangelnder Berücksichtigung der Zweitbeschwerdeinteressen abzulehnen.

85) Vgl. oben § 2 C II (S. 38 ff d. A.).

86) Vgl. oben § 3 A II 1 (S. 53 d. A.).

§ 6 Eigene Fortführung der Ansätze immanenter Rechtsfortbildung und abschließender Lösungsvorschlag

A. Weitere Analogieschlüsse

Bevor einem Analogieschluß zur Begründung der Verfahrenszweitbeschwerde endgültig die Zustimmung versagt wird, sind noch zwei weitere, in der Literatur bislang nicht unter dem Gesichtspunkt der Analogie geprüfte Vorschriften zu diskutieren.

I. Hierhin gehört zunächst § 539¹. Sucht man nämlich nach einer Umschreibung für die bei der Verfahrenszweitbeschwerde aufgedeckte, weitläufige Kasuistik, so ließe sich diese in dem Tatbestandsmerkmal *“wesentlicher (Verfahrens-) Mangel”* finden. Zu dessen Definition heißt es in der Kommentierung: *“Unter § 539 fällt nur ein Verfahrensmangel (error in procedendo), nicht die unrichtige materiell-rechtliche Beurteilung (error in iudicando) Als wesentlich oder schwer wird ein Mangel dann angesehen, wenn er seiner Natur nach so erheblich ist, daß das erstinstanzliche Verfahren keine ordnungsgemäße Grundlage für eine Entscheidung des Berufungsgerichts abgibt (BGH NJW 57, 714). Das Erfordernis der Ursächlichkeit ist damit eingeschlossen (RG HRR 39, 577; JW 36, 3543)”*².

Obwohl hier ein generalklauselartiger Begriff gefunden wäre, der – anders als die notwendigerweise unvollständigen Kataloge des § 579 (Brettner)³ oder des § 551 (Bettermann)⁴ – in der Lage wäre, die anfechtbaren Verfahrensfehler insgesamt zu erfassen, ist dessen analoge Heranziehung versagt. Denn dann würde ein ähnlicher Fehler begangen, wie er bei Vorschlag einer Analogie zu § 79 Abs. 2 VwGO moniert worden ist⁵: Der Regelungszweck des § 539 besteht in etwas ganz anderem als in der Schaffung von Zulässigkeitsgründen für ein Rechtsmittel. Diese Norm bestimmt die Rechtsfolge einer begründeten Berufung, die sich bei Vorliegen des Verfahrensfehlers in der fakultativen Zurückweisungsmöglichkeit erschöpft. Diese Rechtsfolge ist aber für das Beschwerdeverfahren in § 575 geregelt, der das Merkmal *“wesentlicher Mangel”* selbst nicht enthält. Schon allein aus diesem Grunde ist die Analogie zu § 539 gesperrt⁶.

II. Fraglich ist, ob eine Analogie zu den Vorschriften möglich ist, die in Parallele zu § 568 Abs. 2 außerhalb des Zivilprozesses die Zweitbeschwerde eröffnen. Die Vielzahl der auf den ersten Blick hierfür in Betracht kommenden Regeln mindern sich bei näherem Hinsehen beträchtlich, weil man zunächst die Vorschriften ausscheiden muß, die selbst auf

1) Bettermann (ZZP 77, 3, 42) erörtert § 539 nur im Zusammenhang mit der Frage, ob den Parteien ein unverkürzbarer Anspruch auf zwei ordnungsgemäße Instanzen zusteht.

2) Zöller-Schneider § 539 Anm. III.

3) S. oben § 5 B I (S. 105 d. A.).

4) S. oben § 5 B II 1 (S. 106 d. A.).

5) Vgl. dazu die Ausführungen oben § 5 B II 2 (S. 107 d. A.).

6) Vgl. Wieczorek § 567 Anm. A II a 15.

§ 568 Abs. 2 verweisen⁷, sowie diejenigen, die auf § 551 rekurren⁸, dessen Unzulänglichkeit für die Lösung des vorliegenden Problems bereits feststeht⁹.

Die verbleibenden §§ 73 Abs. 4 GWB und 41 p Abs. 3 PatG (hinzuzuzählen sind auch § 10 Abs. 5 S. 2 GebrMG und § 13 Abs. 5 S. 2 WZG, die beide auf § 41 p PatG verweisen) zeichnen sich aber für eine entsprechende Heranziehung durch mehrere Vorteile aus: Beide Vorschriften enthalten Kataloge von Verfahrensfehlern, die allesamt auch in der Verfahrenszweitbeschwerde eine wesentliche Rolle spielen; dabei ist der Verstoß gegen die Gewährung rechtlichen Gehörs, der als Hauptfehler für die Verfahrenszweitbeschwerde in den bisher erörterten Zulässigkeitsenumerationen vergeblich gesucht worden ist, in § 73 Abs. 4 Nr. 3 GWB ausdrücklich erwähnt. Das Spektrum grundrechtsrelevanter Prozeßverstöße wäre also hinreichend abgedeckt.

Die genannten Verfahrensfehler sind ferner so stark, daß es einer sonst immer vorgeschalteten Rechtsmittelzulassung nicht mehr bedarf. Die Überwindbarkeit allgemeiner Rechtsmittelschranken – bei der zivilprozessualen Zweitbeschwerde durch zwei konforme Vorentscheidungen gegeben – wäre damit ebenfalls dokumentiert.

Schließlich reicht nach dem Gesetzeswortlaut für die Zulässigkeit die "Rüge" des jeweiligen Verfahrensfehlers, also dessen substantiierte Behauptung aus¹⁰. Dementsprechend wäre die von der Rechtsprechung bisher geübte Vermischung von Zulässigkeits- und Erfolgsvoraussetzung der Verfahrenszweitbeschwerde durch Prüfung des Prozeßverstoßes schon in der Zulässigkeit auf einfache Weise zu korrigieren.

Trotz dieser nicht von der Hand zu weisenden Vorteile für eine inhaltliche Konkretisierung der Verfahrenszweitbeschwerde ist eine analoge Heranziehung der vorgenannten Vorschriften problematisch. Der Grund hierfür liegt in der prinzipiellen Unvergleichbarkeit der gewerbe- bzw. patentrechtlichen mit der zivilprozessualen Zweitbeschwerde. Da die ersteren als Rechtsbeschwerden konstruiert sind, kommt es – ohne Veränderung des Tatsachenstoffes – allein auf die richtige Anwendung der in Frage stehenden Rechtsvorschriften an. Die Rechtsbeschwerde entspricht ihrer Funktion nach damit der Revision. Bei der weiteren Beschwerde des Zivilprozesses hingegen, die ihrerseits eine Beschwerde gegen den Erstbeschwerdebeschluß darstellt, ist gemäß § 570 neues Tatsachenvorbringen uneingeschränkt möglich, so daß der Vergleich mit einer zweiten Berufungsinstanz gerechtfertigt erscheint.

7) § 3 Fußn. 35 (S. 54 d. A.).

8) § 10 Abs. 3 S. 6 2.HS BRAGO, § 27 S. 2 FGG, § 14 Abs. 3 S. 3 2.HS KostO.

9) Vgl. dazu oben § 5 B II 1 (S. 106 f d. A.).

10) Vgl. nur Reimer-Nastelski § 41 p PatG Rdn. 13.

Die verschiedenen Beschwerdearten sind sich also nur hinsichtlich ihrer Stellung im Instanzenzug als zweites Rechtsmittel ähnlich. Eine inhaltliche Vergleichbarkeit, auf die es für die Analogie ankommt, ist nicht gegeben.

Die entsprechende Heranziehung des § 73 Abs. 4 GWB, 41 p Abs. 3 PatG ist ebenfalls abzulehnen.

B. Abschließender Lösungsvorschlag

I. Mit den letzten Überlegungen zu einer Analogie schält sich die Erkenntnis heraus, daß auch der Versuch, die Verfahrenszweitbeschwerde durch Heranziehung einer rechtsähnlichen Vorschrift methodisch faßbar zu machen, zum Scheitern verurteilt ist. Eine solche Gesetzesnorm gibt es nicht; das im deutschen Prozeßrecht einzigartige¹¹ Prinzip der *duae conformes sententiae* und die rechtsmitteltechnische Struktur der weiteren Beschwerde werfen im Hinblick auf die Anfechtung von Verfahrensfehlern eine zu komplexe Problemstellung auf, als daß sich hierfür parallele Regelungen in anderen Rechtsvorschriften finden ließen. Berücksichtigt man zudem, daß auch die teleologische Reduktion des § 568 Abs. 2 nicht weitergeführt hat¹², so liegt der Schluß nahe, die Möglichkeit einer immanenten Rechtsfortbildung im vorliegenden Fall schlechthin abzulehnen.

Dabei bliebe jedoch die bereits feststehende Lückenhaftigkeit des § 568 Abs. 2 in bezug auf die Anfechtung schwerwiegender Verfahrensfehler unberücksichtigt. Diese ergab sich aus der Gleichartigkeit der unbestritten zweitbeschwerdefähigen Unzulässigkeitsverwerfung mit der prozeßfehlerhaften Sachentscheidung, aus dem rechtspolitischen Bedürfnis einer Verfahrenszweitbeschwerde für grundrechtsbezogene Prozeßverstöße und aus der jahrhundertlangen Gerichtsübung¹³. Das hat folgende Konsequenz: Einer "gesetzesübersteigenden", über den Plan des § 568 Abs. 2 hinausgehenden Rechtsentwicklung bedarf es nicht; vielmehr fordert gerade die Teleologie der hier in Rede stehenden Vorschrift selbst die gesuchte Regelung. Die Schaffung einer Zweitbeschwerde für Verfahrensfehler kann damit nur eine immanente Rechtsfortbildung sein.

Da aber andererseits die methodischen Mittel der Analogie oder der Reduktion für die Lückenausfüllung nicht ausreichen, ergibt sich eine weitere Folge: Die Regelungslücke des § 568 Abs. 2 kann nur im Wege offener Rechtsbildung geschlossen werden.

11) S. oben § 3 A II 3 (S. 54 d. A.).

12) S. oben § 5 A III (S. 103 f d. A.).

13) Vgl. dazu die Ausf. oben § 5 A I (S. 97 ff d. A.).

Die Verfahrenszweitbeschwerde gründet sich damit auf eine vom Regelungszweck geforderte Erweiterung des § 568 Abs. 2; ihr Inhalt ist durch selbständige Rechtsentwicklung zu konkretisieren.

II. Wenn auf diesem Wege aus der Lückenhaftigkeit nicht nur das Postulat, sondern die Legitimation zur Rechtsschöpfung wird, so muß sich diese auch umgekehrt nach den Gründen richten, die zur Feststellung einer Regelungslücke geführt haben: d.h. maßgeblich für die Ausgestaltung der Verfahrenszweitbeschwerde sind die Argumente, die zur Annahme der Unvollständigkeit des § 568 Abs. 2 geführt haben. Diese fußen auf der Tatsache, daß die meisten der wesentlichen Verfahrensfehler zugleich Grundrechtsverletzungen darstellen, die ohne eine instanzgerichtliche Zweitbeschwerde mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar wären.

Damit kommt es auf die von der Rechtsprechung bisher dem § 568 Abs. 2 entnommenen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfahrenszweitbeschwerde nicht mehr an. Die bereits oben¹⁴ aufgezeigten Unterschiede zwischen dem Anwendungsbereich der bislang anerkannten Verfahrenszweitbeschwerde und dem – hypothetischen – Anwendungsbereich einer verfassungsrechtlich determinierten Verfahrenszweitbeschwerde sind zulasten der bisherigen Rechtsprechung aufzulösen. Daraus folgt:

1. Als mit der weiteren Beschwerde anfechtbare "wesentliche Verfahrensfehler" gelten nur solche, die eine Grundrechtsverletzung des Beschwerdeführers darstellen und diesen – eine Erschöpfung des Rechtsweges unterstellt – zur Verfassungsbeschwerde berechtigen würden.

Unanfechtbar sind alle Verfahrensfehler, die schon keinen Grundrechtsbezug aufweisen.

Bei der Verletzung von Vorschriften zur Bestimmung des gesetzlichen Richters – bis auf die Regeln, die bestimmte Personen von der Wahrnehmung richterlicher Funktionen ausschließen – muß der Verstoß auf einer willkürlichen Rechtsanwendung beruhen.

Im Zusammenhang mit der Versagung rechtlichen Gehörs kommt es bei bewußtem Übergehen von Parteivorbringen für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit auf die Rechtsauffassung des Erstbeschwerdegerichts an.

2. Daß bislang die "Neuheit" des Verfahrensfehlers für erforderlich gehalten wurde, beruht allein auf der Ansicht, § 568 Abs. 2 regle auch die Verfahrenszweitbeschwerde bzw. sei hierfür entsprechend heranzuziehen. Mit der Erkenntnis, daß eine derartige Rechtsauffassung unzutreffend ist, wird diesem Erfordernis die Grundlage entzogen. Auf die "Neuheit" der Verfahrenswidrigkeit im Verhältnis zur Erstinstanz ist gänzlich zu verzichten, so daß sich auch die Frage des "formalen" oder "materiellen Verständnisses dieses Merkmals nicht mehr stellt¹⁵.

14) S. oben § 2 E II 2 (S. 46 f. d. A.).

15) Vgl. oben § 2 C (S. 34 ff. d. A.).

3. Das gilt jedoch nicht für das Postulat der Entscheidungskausalität in dem weiten Verständnis der Rechtsprechung. Dieses Kriterium gründet sich auf keine Fehlinterpretation des § 568 Abs. 2, sondern stellt die konsequente Angleichung zu allen anderen Rechtsmitteln der ZPO dar, bei denen ebenfalls die mögliche Einflußnahme des Verfahrensfehlers vorausgesetzt wird¹⁶.

Eine Zweitbeschwerde wegen Verfahrensfehler kommt also nur in Betracht, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß die angefochtene Beschwerdeentscheidung auf dem Fehler beruht.

4. Um eine rechtsmitteltechnische Angleichung geht es auch bei der Frage, wo das Vorliegen des Prozeßfehlers zu prüfen ist. Ähnlich wie bei der "Neuheit" beruht auch die Vermischung von Zulässigkeits- und Erfolgsbedingung bei der Verfahrenszweitbeschwerde auf der rechtswidrigen Zugrundelegung der Gesetzesfassung des § 568 Abs. 2, der das Bestehen des Beschwerdegrundes bereits für die Zulässigkeit voraussetzt. Da diese allein auf die Difformitätsbeschwerde zugeschnittene Formulierung nach der vorangegangenen Untersuchung für die hier in Frage stehende Regelung keine Bedeutung mehr hat, ist der Weg frei für die Gleichstellung mit anderen auf Verfahrensfehler gestützten Rechtsmitteln.

Für die Zulässigkeit der Verfahrenszweitbeschwerde reicht es damit aus, wenn ein verfassungsrelevanter, nicht ausschließbar entscheidungskausaler Verfahrensfehler behauptet wird.

III. Dem vorliegenden Ergebnis wäre nur ein praktisch geringer Wert beizumessen, wenn die Gefahr einer völligen Abschaffung der weiteren Beschwerde bestände. Das ist nicht der Fall. Die momentanen Reformbestrebungen gehen lediglich dahin, daß die Zweitbeschwerde nur noch bei ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung statthaft sein soll, wobei das bisherige Difformitätsprinzip daneben als weitere Schranke bestehen bleibt¹⁷. Da es aber gerade der Grundsatz der *duae difformes sententiae* war, der zur Lückenhaftigkeit des nach wie vor gültigen § 568 Abs. 2 im Hinblick auf Prozeßfehler geführt hat¹⁸, sollte die oben entwickelte Verfahrenszweitbeschwerde bei weiteren Reformarbeiten Berücksichtigung finden. Die genannten Voraussetzungen lassen sich dabei in folgender, an den jetzigen § 568 Abs. 2 anschließenden Formulierung zusammenfassen:

"Ein solcher Beschwerdegrund liegt auch dann vor, wenn ein Verfahrensfehler geltend gemacht wird, der zugleich einen ansonsten mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbaren Grundrechtsverstoß darstellt und auf dem die Beschwerdeentscheidung beruhen kann".

16) Vgl. § 3 Fußn. 122 (S. 71 d. A.).

17) Vgl. Stüben ZP 83, 32 — 34; Kommissionsbericht S. 174/259 (Anlage I); RegEntwurf BT Dr. VI/790, S. 32.

18) Vgl. oben § 5 A I 1 (S. 97 ff d. A.).

§ 7 Zusammenfassung der einzelnen Ergebnisse

Die hM hat mit der Verfahrenszweitbeschwerde eine Rechtsmittelerweiterung geschaffen, die sich an den Wortlaut des § 568 Abs. 2 anlehnt und demzufolge erfordert, daß der gerügte Prozeßfehler wesentlich, neu und entscheidungskausal ist.

Eine Überprüfung der bisher veröffentlichten Entscheidungen belegt dabei, daß die meisten der zur Zweitbeschwerde berechtigenden Verfahrensfehler zugleich Grundrechtsverletzungen darstellen, und zwar insbesondere der Art 103 Abs. 1, 101 Abs. 1 S. 2, 20 Abs. 3 iVm Art 2 Abs. 1 GG. In bezug auf diese Prozeßverstöße ergibt sich auch ein rechtspolitisches Bedürfnis für die Verfahrenszweitbeschwerde, weil anderenfalls keine Möglichkeit bestände, die Fehler des Beschwerdeverfahrens fachgerichtlich zu korrigieren und der Betroffene den für sein Anliegen inadäquaten Weg der Verfassungsbeschwerde beschreiten müßte.

Dogmatisch kann die Verfahrenszweitbeschwerde nicht unmittelbar auf § 568 Abs. 2 gestützt werden. Das Tatbestandsmerkmal "neuer selbständiger Beschwerdegrund" ist allein Ausdruck für eine Beschwerdezulassung bei durch die Vorentscheidungen geschaffener unterschiedlicher Beschwer, so daß darunter nicht der Verfahrensverstoß subsumierbar ist.

Auch läßt sich bei zwei Sachentscheidungen, von denen eine prozeßwidrig zustande gekommen ist, mit keiner Begründung eine unterschiedliche Beschwer bejahen, weil sich der für die Beschwer maßgebliche rechtskraftfähige Inhalt bzw. die Tragweite der angefochtenen Beschwerdeentscheidung im Verhältnis zur Vorinstanz nicht geändert hat.

Die Begründung der Verfahrenszweitbeschwerde kann ebenfalls nicht durch die Annahme eines entsprechenden zivilprozessualen Gewohnheitsrechts ersetzt werden.

Auf Richterrecht ist die Kategorie des Gewohnheitsrechts als eigenständige Rechtsquelle nicht übertragbar.

Es verbleibt die Möglichkeit einer immanenten Rechtsfortbildung, um die Verfahrenszweitbeschwerde neben der gesetzlich geregelten Differenzbeschwerde zu verankern. Die hierfür erforderliche Regelungslücke in § 568 Abs. 2 ist zu bejahen, doch stößt die Art und Weise der Lückenausfüllung auf Schwierigkeiten: Eine teleologische Reduktion des in § 568 Abs. 2 enthaltenen Beschwerdeausschlusses entfällt, weil damit nicht die positiv zu bestimmenden Einzelvoraussetzungen der Rechtsmitteleröffnung bei Prozeßfehlern zu ermitteln sind. Die denkbaren Analogieschlüsse scheitern an der Unvergleichbarkeit bzw. Unzulänglichkeit der jeweiligen Vorschriften.

Aus der Lückenhaftigkeit des § 568 Abs. 2 in bezug auf eine Zweitbeschwerderegeling bei Verfahrensfehlern ergibt sich aber die Legitimation zur selbständigen Entwicklung der gesuchten Regel. Deren Einzelvoraussetzungen richten sich nicht mehr nach dem Ge-

setzeswortlaut des § 568 Abs. 2, sondern nach dem Umfang des rechtspolitischen Bedürfnisses für eine Verfahrenszweitbeschwerde einerseits und den Erfordernissen des zivilprozessualen Rechtsmittelrechts andererseits.

Zur weiteren Beschwerde berechtigen damit alle Prozeßverstöße, die die ansonsten mit der Verfassungsbeschwerde angreifbaren Grundrechte des Zweitbeschwerdeführers verletzen und auf denen die Beschwerdeentscheidung beruhen kann.

Lebenslauf

Am 1. Februar 1953 wurde ich als zweiter Sohn des Kaufmanns Leonhard Krüger und der Verwaltungsangestellten Dorothee Krüger, geborene Brudek, in Rheine/Steinfurt geboren. Von 1959 bis 1963 besuchte ich die dortige Dechant-Pietz-Volksschule und wechselte nach dem vierten Schuljahr auf das Schlaugymnasium in Münster über. Dort legte ich im Mai 1971 das Abitur ab. Anfang Oktober 1971 meldete ich mich als Soldat auf Zeit für zwei Jahre zur Ableistung des Wehrdienstes. Ende September 1973 erfolgte meine Entlassung.

Das Studium der Rechtswissenschaft nahm ich im Wintersemester 1973/74 an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster auf. Am 12. Mai 1979 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung beim Oberlandesgericht in Hamm.

Vom 1. September 1980 bis zum 31. August 1982 absolvierte ich den juristischen Vorbereitungsdienst. Am 8. Februar 1983 bestand ich die zweite Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

